DER EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS AUF DIE GESETZGEBUNG IM STRAFPROZESS- UND GERICHTSVERFASSUNGSRECHT

Hans-Ulrich Schwarzmann

1968

9347

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0098

DER EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS AUF DIE GESETZGEBUNG IM STRAFPROZESS- UND GERICHTSVERFASSUNGSRECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Hans-Ulrich Schwarzmann

aus Markbronn Kreis Ulm

1 9 6 8

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

Gedruckt mit Unterstützung
des Kultusministeriums Baden-Württemberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Karl Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Karl Peters
2. Berichterstatter: Professor Dr. Jürgen Baumann

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Juli 1968

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Literaturverzeichnis		VII
Abkürzungsverzeichnis		XX
§ 1	Einleitung	1
	I. Rechtfertigung des Themas	1
	II. Aufzählung der Fälle einer Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG	5
	III. Die Zielsetzung dieser Arbeit	8
Erster Hauptteil		9
	Der Gesetzgeber unterläßt eine gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich streitiger Fragen, zu denen eine Entscheidung des BVfG bevorsteht oder ergangen ist	
§ 2	Die bewegliche Zuständigkeit	12
	A. Bewegliche Zuständigkeit je nach der besonderen Bedeutung des Falles: § 24 I Nr. 2,3 GVG	12
	I. Die Entwicklung von 1950 bis zu BVfGE 9,223	12
	II. BVfGE 9,223 und die Reaktionen in den Gesetzgebungsorganen	15
	III. Hätte der Gesetzgeber nach der Entscheidung des BVfG § 24 GVG ändern sollen?	16
	B. Andere Fälle beweglicher Zuständigkeit	22
§ 3	Die mittelbare Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafprozeß	27
	I. Die Entwicklung des Problems seit der Geltung des Grundgesetzes	27
	II. Hätte der Gesetzgeber den anonymen V-Leute-Beweis einschränken müssen?	33
§ 4	Die Überbesetzung von Spruchkörpern	42
	I. Der Stand der Meinungen und das Verhalten des Gesetzgebers vor den Entscheidungen des BVfG zur Frage der Überbesetzung	42
	II. Die Entscheidungen des BVfG zur Zulässigkeit der Überbesetzung. Kritik am Schweigen des Gesetzgebers	47

§ 5 Der Ausschluß des Verteidigers 53

A. Die Ansichten zur Zulässigkeit des Verteidigerausschlusses 53

B. Die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung der Strafgerichte und des BVfG. Die Initiativen in der Gesetzgebung 57

C. Beurteilung des Zögerns des Gesetzgebers 67

I. Hauptgrund des Zögerns: Abwarten von Entscheidungen des BVfG 67

II. Keine Berechtigung in diesem Warten 68

Zweiter Hauptteil 74

Handeln des Gesetzgebers in Anlehnung an das BVfG oder in voller Abhängigkeit von ihm

§ 6 Armenrecht für den Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren 74

I. Die Problemstellung 74

II. Die Reaktion des Gesetzgebers. Das Verfahren bezüglich § 172 StPO vor dem BVfG 74

III. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers 75

§ 7 Die Beschränkung der Verwendung von Hilfsrichtern 77

I. Die Ansichten zur Zulässigkeit von Hilfsrichtern 77

II. Die Reaktion des Gesetzgebers 80

III. BVfGE 14, 156 81

IV. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers 82

§ 8 Die Gesetzgebung zum Übermaßverbot bei der Untersuchungshaft im StPÄG von 1964 85

I. Die Entwicklung in der Gesetzgebung vor dem StPÄG 85

II. Der Stand der Meinungen in der Literatur vor dem StPÄG 87

III. Die Rechtsprechung des BVfG vor dem StPÄG 89

IV. Die Gesetzgebung zum Übermaßverbot bei der Untersuchungshaft im StPÄG 90

1. Die Neuerungen 90

2. Würdigung 91

V. Anhang: Die neuen Haftgründe im StPÄG. Die Vollzugsaussetzung bei diesen Haftgründen. BVfGE 19, 342 93

§ 9 Die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung bei überbesetzten Spruchkörpern: § 69 II GVG 97

I. Problemstellung 97
II. Die gesetzliche Regelung in der VwGO 97
III. Die Stellungnahmen in der Literatur 98
IV. Die Entstehungsgeschichte des § 69 II GVG 99
V. BVfGE 18, 344(351 f.) 101
VI. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers 101

§ 10 Die Konkretisierung des rechtlichen Gehörs im Strafverfahren durch das StPÄG: §§ 33, 33a, 308 I 2, 311 III 2, 311a StPO 104

I. Die Vorschriften über das rechtliche Gehör in der StPO vor der Geltung des Grundgesetzes 104
II. Reaktionen des Gesetzgebers auf die Einführung des Art. 103 I GG bis zum StPÄG 104
III. Die Rechtsprechung des BVfG zu Art. 103 I GG 106
IV. Die gesetzliche Regelung im StPÄG 109
V. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers 111

§ 11 Die Änderung des § 175 StPO durch das StPÄG 114

I. Die Geschichte der Gesetzesänderung. Der Zusammenhang mit BVfGE 17, 356 114
II. Beurteilung des gesetzgeberischen Verhaltens 115

§ 12 Die Strafbefugnis der Finanzämter 117

I. Der Inhalt der Strafbefugnis der Finanzämter 117
II. Der Streitstand zur Zulässigkeit der Strafbefugnis der Finanzämter 117
III. Die Entwicklung in der Gesetzgebung. Die Rechtsprechung der Strafgerichte und des BVfG 118
IV. Würdigung des Verhaltens des Gesetzgebers 123
1. Der Gesetzgeber machte sein Handeln von erwarteten Entscheidungen des BVfG abhängig 123
2. Kritik 123

§ 13 Zusammenfassung 127

A. Ergebnis der Einzelfälle einer Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG 127

I. Direkte Vollziehung von Entscheidungen des BVfG 127
II. Lediglich Anlehnung an Entscheidungen des BVfG 127
III. Gesetzliche Regelung in Erwartung einer Entscheidung des BVfG 128
IV. Hauptgruppe: Der Gesetzgeber wartet eine Entscheidung des BVfG ab. Er regelt nichts, wenn das BVfG die alten Vorschriften bestätigt 129
V. Diese Fälle der Abhängigkeit sind nicht bloß Einzelfälle 130

B. Andere Ursachen, die ebenfalls für das Zögern und Nichthandeln des Gesetzgebers im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht verantwortlich sein können 133

C. Zusammenfassende Bewertung der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG 137
I. Grundsätzliche Berechtigung der Anlehnung an das BVfG 137
II. Grenzen der Anlehnungsberechtigung infolge der beschränkten Aussagekraft von Entscheidungen des BVfG 137
III. Skala berechtigter und unberechtigter Abhängigkeit 139
IV. Hauptwirkungen und -gründe der schädlichen Abhängigkeitsformen 143
V. Die spezielle Lage bei der Gesetzgebung zum Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht 144
VI. Ausblick 147

LITERATURVERZEICHNIS

Alexander, Rudolf	Die Stellung des Verteidigers, ZStW 51(1931), 54
Alsberg, Max	Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, 3 Bände; 1. Band 1927
ders.	Anmerkung (zu RG JW 1926, 2756) JW 1926, 2756
Anger, Erich	Der Wegfall der Strafbefugnis der Finanzämter, DRiZ 1967, 412
Anschütz, Klaus	Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis, Dissertation Heidelberg 1959
Arndt, Adolf	Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt, JZ 1956, 633
ders.	Ist eine Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz vereinbar? NJW 1957, 249
ders.	Die Gesetzlichkeit des Richters, DRiZ 1959, 171
ders.	Strafgewalt der Finanzämter? NJW 1959, 605
ders.	Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, NJW 1961, 897
ders.	Umwelt und Recht. Fragen des rechtlichen Gehörs, NJW 1962, 25
ders.	Umwelt und Recht. Rechtliches Gehör und Zeugnis vom Hörensagen, NJW 1963, 432
ders.	Umwelt und Recht. Die Freiheit des Verteidigers, NJW 1964, 2146
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 9, 20) JZ 1956, 376
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 13, 102) NJW 1959, 1230

Arndt, Adolf	Anmerkung (zu BVfGE 17, 294) NJW 1964, 1667
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 18, 344) NJW 1965, 1219
Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen, Band I, 3. Auflage 1966; Band II 1967
Baumann, Jürgen	Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkung im Strafprozeß, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, S. 525 ff., Göttingen 1961
ders.	Neue Haftgründe, JZ 1962, 649 ff. und 689 ff.
BDI-Gespräch	Der Staat und die Verbände. Gespräch, veranstaltet vom Bundesverband der Deutschen Industrie, Heidelberg 1957
Berger	Zulässigkeit der Überbesetzung von Kollegialgerichten mit Beisitzern, NJW 1955, 1138
Bettermann, Karl August	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Berlin 1959 Band III, 2. Halbband, S. 523 ff. (zit. BNS)
ders.	Nochmals: Bei Zurückverweisung - andere Richter! JZ 1959, 17
Bockelmann, Paul	Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter, GA 1957, 357
ders.	Entspricht die Zuständigkeitsordnung im Strafprozeß dem Grundgesetz? NJW 1958, 899
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von H. J. Abraham u. a.; Hamburg 1950 ff. Stand: 19. Lieferung, Dezember 1967
Breitling, Rupert	Die Verbände in der Bundesrepublik, Meisenheim 1955

Bruns, Rudolf	Zur Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz, NJW 1964, 1884
Das Bundesverfassungsgericht	herausgegeben vom Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe 1963
Creifelds, Carl	Die Strafprozeßnovelle 1964, JR 1965, 1
ders.	Die Begründung des Haftbefehls nach dem Strafprozeß - Änderungsgesetz, NJW 1965, 946
Dahs, Hans	Stellung und Grundaufgaben des Strafverteidigers, NJW 1959, 1158
ders.	Die kleine Strafprozeßreform, NJW 1965, 81
ders.	Anmerkung (zu dem Beschluß des OLG Bamberg NJW 1952, 1269), NJW 1952, 1269
Dahs jun., Hans	Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, München und Berlin 1965
Dallinger, Wilhelm	Das Vereinheitlichungsgesetz, SJZ 1950, 732
ders.	Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz; Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953, 432
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 9, 367) MDR 1957, 113
Denkschrift	Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR n. F. 6, 144
Deutscher Richterbund	Überbesetzung der Kollegialgerichte, DRiZ 1960, 93, 165, 196, 370
Dinslage, Karl-Heinz	Zur "Überbesetzung" der Gerichte - Perfektionismus oder Praktikabilität? DRiZ 1965, 12
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 18, 344) NJW 1965, 1221
Dreher, Eduard	Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz; materielles Strafrecht, JZ 1953, 421

Dünnebier, Hanns	Untersuchungshaft bei Verbrechen wider das Leben, NJW 1966, 231
Erdsiek, Gerhard	Umwelt und Recht. Anmerkungen zur Gesetzlichkeit des Richters, NJW 1963, 240
Ermacora, Felix	Verfassungsrecht durch Richterspruch Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 44, Karlsruhe 1960
Eschenburg, Theodor	Staat und Gesellschaft in Deutschland, vierte Auflage, Stuttgart 1960
Evers, Hans-Ulrich	Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, Berlin 1960
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 1962; 4. Aufl. 1965 München und Berlin
Gallas, Wilhelm	Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozeß, ZStW 53 (1934), 256
Geiger, Willi	Das Vereinheitlichungsgesetz, SJZ 1950, 707
Gerner, Erich	Rechtseinheit im Verfahrensrecht, NJW 1950, 722
Gerstenmaier, Eugen	Öffentliche Meinung und parlamentarische Entscheidung, in: Festschrift für Gerhard Leibholz "Die moderne Demokratie und ihr Recht", S. 123 ff., Tübingen 1966
Grauhan, Hans-Friedrich	Haftverschonung bei Mord und Totschlag, NJW 1965, 1367
Großrau, Eberhard	Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar? NJW 1958, 929
Grünwald, Gerald	Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1965, 489
Habscheid, Walther	Steuerstrafverfahren und Grundgesetz, MDR 1966, 1
Hanack, Ernst-Walter	Buchbesprechung (Schwarz-Kleinknecht, 24. Aufl. 1963), JZ 1965, 142

Haver	Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention vereinbar? NJW 1957, 88
Heinemann, Gustav - Posser, Diether	Kritische Bemerkungen zum politischen Strafrecht in der Bundesrepublik, NJW 1959, 121
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953
Hennis, Wilhelm	Verfassungsordnung und Verbandseinfluß, PVS 1961, 23
Hermens, Ferdinand A.	Verfassungslehre, Frankfurt, Bonn 1964
Herschel, Wilhelm	Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 727
Huber, Hans	Staat und Verbände, in: Recht und Staat, Heft 18, Tübingen 1958
Jahrreiss, Hermann	Größe und Not der Gesetzgebung, in: H. Jahrreiss, Mensch u. Staat, S. 17 ff. Köln, Berlin 1957
Jescheck, Hans-Heinrich	Recht und Praxis der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, GA 1962, 65
ders.	Rechtsvergleichendes Generalgutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band I, Teil 3 B, München, Berlin 1966 (zit. Gutachten)
Kaiser, Eberhard u. a.	Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform, München u. a. 1965
Kalsbach, Werner	Zur Frage der Ausschließung des Verteidigers im Strafprozeß, JZ 1961, 593
Kanka, Karl	Untersuchungshaft bei Mord, Totschlag und Völkermord, NJW 1966, 428

Karl, Georg	Die Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Bundesrepublik, Dissertation Kiel 1966
Kern, Eduard	Der gesetzliche Richter, Berlin 1927
ders.	Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. 1959, 4. Aufl. 1965, München und Berlin
ders.	Strafverfahrensrecht, 8. Aufl. 1967, München und Berlin
ders.	Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes, GA 1953,44
ders.	Die Ständigkeit der Gerichte und die Überbesetzung der Kammern und Senate, DRiZ 1959,142
ders.	Das Ende der Friedensgerichte, JZ 1960,244
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 4,331) JZ 1956,166
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 8,159) JZ 1956,167
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 4,412) JZ 1956,409
ders.	Anmerkung (zu OLG Hamm JZ 1956,540) JZ 1956,541
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 9,107) JZ 1956,542
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 17,294) JZ 1965,58
Kipp, Heinrich	Entstehung, Aufgaben und Rechtsstellung von Hilfseinrichtungen von Regierung und Parlament, DÖV 1957,513

Kleinknecht, Theodor	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, JZ 1965, 113 ff., 153 ff.
ders.	Entscheidungen über die Untersuchungshaft, MDR 1965, 781
ders.	Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1537
Koebel, Ulrich	Zur Besetzung der Senate bei den Oberlandesgerichten, NJW 1964, 1771
Kohlhaas, Max	Zulässigkeit, Brauchbarkeit und Preisgabe vertraulicher Gewährsleute im Strafverfahren, JR 1957, 41
Kohlrausch, Eduard	Die Untersuchungshaft JW 1925, 1440
Kröger, Gerhard	Der gesetzliche Richter und die "besondere Bedeutung" des Falles i. S. des § 24 I Nr. 2, 3 GVG, Dissertation Münster 1962
Lange, Richard	Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, NJW 1953, 1161
Lechner, Hans	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. München 1967
Leibholz, Gerhard	Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, S. 61 ff. Karlsruhe 1963
ders.	Staat und Verbände, VVDStRL 24 (1966), 5
Leibholz, Gerhard - Rinck, Hans-Justus	Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. Köln 1966
Lerche, Peter	Übermaß und Verfassungsrecht, Köln u. a. 1961
Lifschütz, Alexander	Die eingeschränkte Abgabenordnung, NJW 1967, 1780
Lobe, Adolf - Alsberg, Max	Die Untersuchungshaft, Kommentar, Berlin 1927

Loewenstein, Karl	Verfassungslehre, Tübingen 1959
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar 21. Aufl., 1. Band 1963, 2. Band 1965, Ergänzungsband 1967, Berlin
Lukanow, Jürgen	Der Mißbrauch der Verteidigerstellung im englischen und deutschen Strafprozeß Bonn 1953 (Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, neue Folge, Heft 9)
v. Mallinckrodt, Joseph	Die überbesetzte Strafkammer DRiZ 1959,322
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München 1968
Maunz, Theodor-Dürig, Günter	Grundgesetz, Kommentar 2. Aufl., Stand: März 1966, 8. Ergänzungslieferung; München und Berlin
Maunz, Theodor - Sigloch, Heinrich - Schmidt-Bleibtreu, Bruno - Klein, Franz	Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar; Stand: 2. Lieferung Dezember 1966; München und Berlin 1967
Meilicke, Heinz	Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann - Belastungszeuge? NJW 1963,425
Menzel, Eberhard	Die Aussagegenehmigung für Beamte und Soldaten vor Gericht DÖV 1965,1
Müller, Hermann - Sax, Walter	KMR-Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl. Darmstadt 1966 (zit. KMR-Müller, KMR-Sax)
Niese, Werner	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
ders.	Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung, ZStW 63 (1951), 199

Niese, Werner	Die Anwaltsbeiordnung im Anklageerzwingungsverfahren, JZ 1952, 267
Oehler, Dietrich	Der gesetzliche Richter und die Zuständigkeit in Strafsachen, ZStW 64 (1952), 292
Oppe, Wilfried	Der unbenannte Haftgrund des § 112 Abs. 4 StPO, NJW 1966, 93
Ostler, Fritz	Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis durch den Strafrichter, JR 1960, 170
Peters, Karl	Strafprozeß, 1. Aufl. 1952, 2. Aufl. 1966, Karlsruhe
ders.	Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß; in: Summum ius, Summa iniuria, S. 191 ff. Tübingen 1963
ders.	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band I, Teil 3 A, S. 91 ff. München und Berlin 1966 (zit. Gutachten)
ders.	Anmerkung (zu OLG Braunschweig JZ 1953, 640) JZ 1953, 641
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 7, 275) JZ 1958, 435
Pfeiffer, Gerd	Bewilligung des Armenrechts im Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO, NJW 1953, 571
Posser, Diether	Politische Strafjustiz aus der Sicht des Verteidigers, Karlsruhe 1961
Reuß, Hermann	Die Wirkungseinheit von Verwaltungs- und Verfassungsrecht, DÖV 1959, 321
Richter, Ernst-Günther	Die Stellenbesetzung nach § 7 II VwGO und der Grundsatz des gesetzlichen Richters, JZ 1961, 658 ff., 687 ff.

Rinck, Hans-Justus	Die Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde, NJW 1959, 169
ders.	Gesetzlicher Richter, Ausnahmegericht und Willkürverbot, NJW 1964, 1649
Röhl, Hellmut	Das rechtliche Gehör, NJW 1953, 1531
Romberg, Harold Percy	Die Richter Ihrer Majestät, Stuttgart u. a. 1965
Rupp, Hans-Heinrich	Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht; Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band I, Teil 3 A, Seite 165 ff.; München, Berlin 1966 (zit. Gutachten)
Sarstedt, Werner	Strafverfahren, DRiZ 1960, 349
Sax, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, herausgegeben von K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey und U. Scheuner, Berlin 1959, Band III, 2. Halbband, S. 909 ff. (zit. BNS)
Schalscha, Erich	Der Anwalt im Strafprozeß DRiZ 1960, 16
Scheuffele, Peter	Das Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften der Reichsabgabenordnung und anderer Gesetze, BB 1967, 952
Scheuner, Ulrich	Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, DVBl 1952, 293
ders.	Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, 601
ders.	Politische Repräsentation und Interessenvertretung, DÖV 1965, 577
Schilgen, Walter	Verknöcherung des "gesetzlichen Richters"? NJW 1964, 2290

Schmidt, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964; Teil II 1957 (Nachtragsband I 1967); Teil III 1960 (zit. Lehrkomm.)
ders.	Entspricht die Zuständigkeitsordnung in Strafsachen dem Satz vom "gesetzlichen Richter"? MDR 1958, 721
ders.	Zur Problematik der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, NJW 1963, 1753
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 8, 194) JZ 1957, 721
ders.	Anmerkung (zu OLG Koblenz JZ 1959, 31) JZ 1959, 31
ders.	Anmerkung (zu BVfGE 9, 223) JZ 1959, 535
ders.	Anmerkung (zu BGH St (GS) 14, 321) JZ 1961, 61
ders.	Anmerkung (zu BGHSt 17, 382) JZ 1962, 761
Schmidt-Bleibtreu, Bruno	Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Steuerstrafverfahren, BB 1967, 832
Schmidt-Leichner, Erich	Das neue Recht im Strafverfahren, NJW 1965, 1309
ders.	Untersuchungshaft und Grundgesetz, NJW 1966, 425
Schmidt-Räntsch, Günther	Deutsches Richtergesetz, Kommentar, München und Berlin 1962
Schorn, Hubert	Die Präsidialverfassung der Gerichte aller Rechtswege, Münster 1957
ders.	Die Untersuchungshaft nach dem Strafprozeßänderungsgesetz, NJW 1965, 841

Schräder, Wilhelm	Die Gesetzlichkeit des Richters, DRiZ 1959, 321
Schultz, Günther	Blick in die Zeit, MDR 1960, 892
Schulz, Georg	Bekanntgabe von V-Leuten an die Staatsanwaltschaft, GA 1958, 264
Schwarz, Otto - Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung, Kommentar 27. Aufl., München und Berlin 1967
Seibert, Claus	Andere Richter, JZ 1959, 120
ders.	Die abwertende Charakterisierung durch den Strafrichter, NJW 1962, 1140
Skuhr, Reinhold	Die Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Strafgewalt der Finanzämter, JR 1967, 370
Spendel, Günter	Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1102
Stegmann, Thorolf	Behördlich geheimgehaltene Zeugen als Beweismittel im Strafprozeß, Dissertation Tübingen 1967
Stree, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
Thoma, Richard	Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JöR n.F. 6, 161
Tiedemann, Klaus	Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, Bonn 1963
ders.	Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Vernehmung mittelbarer Zeugen im Strafprozeß, MDR 1963, 456
ders.	Zeugen vom Hörensagen im Strafverfahren, JuS 1965, 14

Tiedemann, Klaus	Zum Fortgang des Streits um die Zulassung von V-Leuten im Strafprozeß, MDR 1965, 870
ders.	Anmerkung (zu BVfG JZ 1967, 570) JZ 1967, 570
Verhandlungen	des Deutschen Bundestags, Stenografische Berichte
Verhandlungen	des Deutschen Bundestags, Anlagen zu den stenografischen Berichten (Drucksachen)
Verhandlungen	des 46. Deutschen Juristentags Essen 1966, München und Berlin 1966, Band I, Gutachten, Teil 3 A und B Band II, Sitzungsberichte, Teil F
Wagner, Walter	Rechtsfragen zu § 74 a GVG, GA 1957, 161
Waldschmidt, Helmut	Probleme des neuen Haftrechts, NJW 1965, 1575
Werner, Fritz	Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl 1959, 527
ders.	Das Problem des Richterstaats, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 2, Berlin 1960
Willms, Günther	Anonyme Zeugen, DRiZ 1964, 234
v. Winterfeld, Achim	Die Ausschließung von Verteidigern, NJW 1961, 902
Wittkämper, Gerhard W.	Grundgesetz und Interessenverbände, Köln, Opladen 1963
Woesner, Horst	Rechtsstaatliches Verfahren in Staatsschutzsachen, NJW 1961, 533

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
Abg.	Abgeordneter
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AOStrÄndG	Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften der Reichsabgabenordnung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH n.F.	Entscheidungssammlung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, neue Folge
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BR	Bundesrat
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Archiv	Archiv des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BT	Deutscher Bundestag (in Verbindung mit einer Zahl, z.B. 4. BT : vierte Wahlperiode des Deutschen Bundestags)
BT-Drs	Verhandlungen des Deutschen Bundestags, Anlagen zu den stenografischen Berichten (Drucksachen)
BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGE(od.:E)	Entscheidungen des BVfG
BVfGG	Gesetz über das BVfG
BWLBG	Baden-württembergisches Landesbeamtengesetz
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Diss.	Dissertation

DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E(od.:BVfGE)	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
EG	Einführungsgesetz
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn	Fußnote
GA	Goltdammers Archiv
GG	Grundgesetz
GS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HESt	Sammlung höchstrichterlicher Entscheidungen in Strafsachen
h. M.	herrschende Meinung
i. d. R.	in der Regel
i. V.	in Verbindung
JöR n. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KMR	Müller-Sax, Kommentar zur StPO und zum GVG, 6. Aufl.
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PostG	Postgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RAO	Reichsabgabenordnung
RegEntw	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt

RGSt	Entscheidungssammlung des RG in Strafsachen
RiStV	Richtlinien für das Strafverfahren
Rn	Randnummer
Sen.	Senat
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sten. Ber.	Verhandlungen des Deutschen Bundestags, Stenografische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Strafprozeßänderungsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
StrRÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
St. Rspr	Ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
VereinhG	Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WBRegBl	Regierungsblatt der Regierung Württemberg-Baden
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

§ 1
EINLEITUNG

I. 1. Eine bestimmte Äußerung der staatlichen Gewalt, sei es ein Gesetz oder ein Einzelakt, verstoße gegen die Verfassung - dieser Vorwurf wird heute fast gegen jedes einigermaßen bedeutsame hoheitliche Handeln der öffentlichen Hand erhoben. Auf bald jedem Rechtsgebiet gibt es irgendeine Gruppe im Spektrum der Interessengemeinschaften, die sich mit dieser Begründung gegen eine sie belastende Aktivität der öffentlichen Hand wehrt, und sei die Frage der Verfassungswidrigkeit auch noch so fernliegend; als Beispiel sei der Vorwurf der Mietwagenfahrer genannt, es sei verfassungswidrig, in Mietwagen Trennscheiben zwischen Fahrersitz und Rücksitz vorzuschreiben.
Daß auch das BVfG infolge dieser auffälligen Hinwendung zur Verfassung [1] verstärkt in Anspruch genommen wird [2], ist nur die zwingende Folge dieser Entwicklung.

2. Unsere Rechtsordnung mußte somit in vielen Einzelpunkten vom BVfG überprüft werden. Angesichts dieser Tatsache liegt es nahe zu prüfen, ob unsere Gesetze unter dem Einfluß der Rechtsprechung des BVfG insgesamt oder in Einzelfällen eine bestimmte Prägung angenommen haben, ob und inwieweit unser Gesetzgeber "verfassungsgerichtsabhängig" geworden ist. Doch ein Einwand liegt ebenso nahe: Warum soll dieser mögliche Einfluß des BVfG auf dem anscheinend

---

1) Vgl. Werner, DVBl 1959, 527: Die Verfassung wurde in der Zeit nach 1848 bis 1945 kaum zur Durchsetzung von Ansprüchen oder zur Verteidigung von Rechten berufen. Rupp, Gutachten, S. 167 f., erklärt dies damit, daß nach der damals bestehenden Ansicht die Verfassung nicht mehr Rechte gegeben habe als das einfache Gesetz, die Verfassung sozusagen generell unter dem Vorbehalt des einfachen Gesetzes gestanden habe; somit seien die Grundrechte leer gelaufen.

2) Zur Überlastung des BVfG vgl. schon die Anfrage der SPD, BT-Drs. I/3371 v. 14. 5. 1952 und die Debatte hierüber: 218. Sitzung des 1. BT vom 11. 6. 1952, Sten. Ber. S. 9600 ff. Die Schaffung des § 91 a BVfGG durch das Gesetz vom 21. 7. 1956 und seine Ersetzung durch § 93 a im Gesetz vom 3. 8. 1963 erfolgten wegen der Überlastung des BVfG (Maunz, Sigloch u. a. § 93 a, Rn 1; Lechner § 93 a, Anm. S. 334).
Das ungeheure Anwachsen der Geschäftslast, besonders der Verfassungsbeschwerden, die das Hauptkontingent der beim BVfG anhängigen Fälle stellen, zeigt die Statistik in "Das BVfG" S. 296 ff. Wie die Statistiken bei Rinck NJW 1956, 169 Anm. 2 und in "Das BVfG" S. 296 f., 298 f. beweisen, macht das BVfG von § 91 a (heute § 93 a) BVfGG regen Gebrauch (in 70 - 90 % aller Fälle).

am Rande liegenden Gebiet des Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrechts untersucht werden? Wären nicht andere Rechtsgebiete geeigneter, wenn schon nicht die gesamte Rechtsordnung auf den Einfluß des BVfG hin überprüft wird?

a) Die Verbindung von Verfassungsrecht und materiellem Strafrecht wird heute starker betont als vor 1945, und die Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zu diesen Fragen häufen sich [3].

b) Auch das öffentliche Recht, besonders das Verwaltungsrecht, könnte vielleicht geeigneter erscheinen zur Darstellung des Einflusses des BVfG. Die "Verfassungsabhängigkeit des gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrechts" [4] ist heute eine Tatsache. Der Satz Otto Mayers "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" [5], der auf eine Unabhängigkeit des Verwaltungsrechts vom Verfassungsrecht hinweisen könnte, ist von Otto Mayer selbst nicht so verstanden worden, wie zahlreiche Belege in seinem Lehrbuch beweisen [6]. So gilt heute gar eher Fritz Werners Ausspruch vom "Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht" [7].
Beispiele zu nennen, erübrigt sich angesichts der Vielzahl der Fälle, die sich in jedem beliebigen Band der amtlichen Sammlung der BVfG-Entscheidungen finden.

c) Zweierlei gab den Ausschlag zur Begrenzung auf den Strafprozeß und die auch im Strafprozeß bedeutsamen Teile des Gerichtsverfassungsrechts:

aa) Das Strafprozeßrecht hat stärkere Verbindungslinien zum Verfassungsrecht, als es auf den ersten Blick scheint. Im Strafprozeß aktualisiert sich der Eingriff in die Grundrechte, vornehmlich die Freiheitsrechte, sowohl im Vorverfahren

---

3) Z.B. Sax, BNS, S. 909 - 966; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, insbes. S. 1 - 4; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 75 ff.
Aus der Rechtsprechung des BVfG: E 4,352 zu § 187 a; E 6,389 zu § 175 StGB; E 14, 174, 245 und 254 zu § 71 StVZO, § 21 StVG und § 49 StVO; E 20,162(177 ff.) zu §§ 99, 100 StGB; allgemeine Feststellungen in E 12,113(124 ff.) unter Bezugnahme auf E 7,198(205 ff.), ebenso in E 20, 162(176 f.).

4) Bachof, Verfassungsrecht I, S. 7 (mit kurzer Anführung der Gründe), S. 98.

5) Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, Vorwort.

6) Nachweise und Versuch einer Interpretation bei Reuß DÖV 1959,321(322). Rupp, Gutachten, S. 168, meint allerdings, O. Mayer habe mit diesem Satz das damalige geringe Gewicht der Verfassung umschrieben; s.o. Fn 1.

7) So die Überschrift eines Vortrages von F. Werner, DVBl 1959,527.

(Untersuchungshaft, Beschlagnahme, körperliche Untersuchung), wie auch in der Hauptverhandlung, die mit ihrem Abschluß, dem Urteil, Vollstreckungsgrundlage ist. Da der Strafprozeß in die Freiheitsrechte eingreift, wird auch mehr auf die Einhaltung formaler Vorschriften geachtet [8], wie z.B. Art. 103 I und 101 I 2 GG, die, von § 90 BVfGG besonders betont, zu Prozeßgrundrechten [9] wurden. Die Bedeutung dieser Beziehungen zwischen Verfassungsrecht und Strafprozeßrecht war und ist allgemein anerkannt [10].

Aus der Bedeutung der Verfassung im Strafprozeßrecht erklärt sich auch das Schlagwort von der StPO als einem "Ausführungsgesetz zum GG" [11].
Den Zusammenhang zwischen Verfassungsrecht und Strafprozeßrecht will auch der besonders von Niese [12] verwendete Begriff der "doppelfunktionellen Prozeßhandlungen" und der "doppelfunktionellen Prozeßrechtsnormen" klar machen. Die strafprozessualen Eingriffsnormen und Eingriffe haben demnach nicht bloß die

---

8) Tiedemann MDR 1963,456 und Rechtsstellung S. 82 (in Anlehnung an Niese ZStW 63(1951),218): "Der Eigenwert des Strafverfahrens liegt in der rechtsstaatlichen Justizförmigkeit des Verfahrens". Niese, ZStW 63(1951),218 und Prozeßhandlungen, S. 40, betonte allgemeiner die "strenge Justizförmigkeit" als "das besondere Kennzeichen" des gesamten Prozeßrechts. Diese besondere Bedeutung der Förmlichkeiten im Strafprozeßrecht gab den Anlaß zur Aufnahme des gerichtsverfassungsrechtlichen Teils in die vorliegende Arbeit, also der Kapitel über die bewegliche Zuständigkeit, die Überbesetzung, die Hilfsrichter und die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung, s.u. §§ 2, 3, 7, 9.

9) Zum Grundrechtscharakter der Art. 101 I 2 und 103 I vgl. Maunz, Staatsrecht § 13 II 8 b und § 28 IV 1 und 3; Dürig in Maunz-Dürig Art. 103 I, Rn 3, 8 und 9. Der Grundrechtscharakter des Art. 101 I 2 GG wurde auch schon bei der Schaffung des GG betont, Nachweise hierüber im Bonner Kommentar, Art. 101 I 2, Anm. I.

10) Z.B. Sax, BNS, S. 966 f.; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 81 ff.

11) Eb. Schmidt, Lehrkomm. Bd I, Rn 333. Ähnlich Sax, BNS, S. 909(967): "Strafprozeßrecht ist letztlich angewandtes Verfassungsrecht".
So allgemein verstanden ist der Begriff sicher unbedenklich. Damit ist den Bedenken von Tiedemann MDR 1965,870(871, Anm. 7) Rechnung getragen.

12) Niese, ZStW 63(1951),199 (215 ff., 218), Prozeßhandlungen S. 16, 48 ff., 130 ff.; Eb. Schmidt akzeptiert diesen Begriff: Lehrkomm. I, Rn 35 ff. Tiedemann, Rechtsstellung S. 82 f., stimmt der Sache nach zu, bezweifelt aber (MDR 1963,456) die Notwendigkeit einer solchen Begriffsbildung.

Bedeutung, die Strafverfolgung und -vollstreckung voranzutreiben, sondern sie füllen gleichzeitig als Normen des materiellen Rechts und als materiellrechtlich bedeutsame Eingriffe die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte aus und sind deshalb auch an den Grundrechten zu messen.

bb) Der zweite Grund zur Begrenzung des Themas auf das Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht hängt mit der weiteren Begrenzung der Arbeit zusammen: Es wird bloß der Einfluß der BVfG-Rechtsprechung auf die Gesetzgebung behandelt.
Bei der Durchsicht der strafprozessual erheblichen Entscheidungen des BVfG fällt eine Merkwürdigkeit auf: Das BVfG spricht bei der Überprüfung der Gesetze und der Nachprüfung von angeblich nicht von Gesetzen gedeckten Eingriffen [13] oft von Plänen des Gesetzgebers zu einer - die Rechtssicherheit des Bürgers verbessernden - Gesetzesänderung
oder von einer kurz vor Ergehen einer einschlägigen Entscheidung des BVfG erfolgten Gesetzesänderung
oder es äußert sich zu der Frage, ob zur rechtlichen Deckung eines bestimmten Verhaltens der Gerichte oder Strafverfolgungsbehörden die Schaffung einer gesetzlichen Vorschrift nötig oder erwünscht ist.
Ganz entsprechend zeigt sich bei der Nachprüfung des Verhaltens des Gesetzgebers im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht, daß der Gesetzgeber oft sein Handeln an der Rechtsprechung des BVfG orientierte, und das nicht bloß in den Fällen, in denen er durch § 31 BVfGG dazu gezwungen war.
Es lassen sich folgende Reaktionen verfolgen:
(1) Der Gesetzgeber orientierte sich an der ergangenen Rechtsprechung des BVfG.
(2) Er traf eine Regelung im Hinblick auf erwartete, zum Teil befürchtete Entscheidungen des BVfG.
(3) Er schob ein Handeln auf und wartete eine bevorstehende Entscheidung des BVfG ab.
(4) Er lehnte es ab, ein bestimmtes Rechtsgebiet (neu) zu regeln mit der Begründung, die Verfassung (sprich: das die Verfassung auslegende BVfG) fordere die Regelung nicht.

---

13) Die Verfassungsbeschwerden, die vor dem BVfG anhängig wurden und zu den hier angesprochenen Entscheidungen führten, wurden zwar oft gegen Entscheidungen der Strafgerichte erhoben, aber meist (zumindest neben der Rüge verfassungswidriger Gesetzesanwendung) mit der Begründung, ein angewandtes Gesetz sei verfassungswidrig oder es existiere keine einen Eingriff rechtfertigende Norm.

Dieser zweite Grund zur Begrenzung des Themas macht auch die Auswahl der Kapitel des Hauptteils verständlich: Es werden nicht alle strafprozeßrechtlich und gerichtsverfassungsrechtlich bedeutsamen Entscheidungen des BVfG behandelt, sondern nur die für die Gesetzgebung wichtigen.

II. Fälle solcher Querverbindungen zwischen BVfG und Gesetzgeber sind - in etwa chronologischer Reihenfolge:

1. Im 3. StrRÄG vom 4.8.1953: § 172 III 2 StPO: Armenrecht für den Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren. Der Gesetzgeber plant seit dem Regierungsentwurf (im September 1952 dem Bundestag vorgelegt), entsprechend den §§ 114 ff. ZPO das Armenrecht zu gewähren, um eine unbillige Beschwer armer Antragsteller zu beseitigen [14]. Das BVfG [15] entscheidet eine Woche nach der dritten Beratung des 3. StrRÄG im Bundestag im Verfahren über eine Ende 1952 eingelegte Verfassungsbeschwerde, daß die analoge Anwendung der §§ 114 ff. ZPO auch ohne die Gesetzesänderung aus Art. 3 GG heraus geboten sei. - [16]

2. Ebenfalls mit dem 3. StrRÄG wird es durch eine Änderung des § 308 StPO dem Beschwerdegericht zur Pflicht gemacht, den Gegner des Beschwerdeführers anzuhören, bevor es zu dessen Nachteil entscheidet. Das BVfG vermutet im Jahr 1959 [17], daß seine Entscheidung 1,433(438) vom 18.9.1952, die die Frage andeutete, aber offen ließ, dieses Verhalten des Gesetzgebers mitbewirkt haben könnte. Erst nach der Gesetzesänderung stellte es sich als sicher heraus, daß das BVfG auch ohne die Änderung des § 308 StPO die Anhörungspflicht direkt aus Art. 103 I GG bejaht hätte [18]. - [19]

3. Bewegliche Zuständigkeit nach der Bedeutung des Falles: § 24 I Nr. 2, 3 GVG. Das BVfG bestätigt in E 9,223 vom 19.3.1959 die geltende Regelung, es hält aber eine bessere Regelung für denkbar. Der Gesetzgeber jedoch ändert § 24 GVG nicht. - [20]

4. § 29 DRiG vom 8.9.1961: Der Gesetzgeber bestimmt, daß bei einer gerichtlichen Entscheidung höchstens ein "Hilfsrichter" (d.h.: Richter auf Probe, Richter

---

14) Hier nicht genannte Belege finden sich jeweils in den Ausführungen im Hauptteil, auf die am Ende eines jeden Absatzes verwiesen ist.

15) E 2,336 vom 17.6.1953.

16) S.u. § 6.

17) E 9,89(102 f.) vom 8.1.1959.

18) Seit E 4,190(192) vom 7.7.1955 in ständiger Rechtsprechung.

19) S.u. § 10 II 3 b (S. 105).

20) S.u. § 2.

kraft Auftrags, abgeordneter Richter) mitwirken darf. Er beruft sich unter anderem auf BVfGE 4,331(345) vom 9.11.1955. Das BVfG erwähnt wenig später in einem Urteil vom 3.7.1962 [21], daß sich aus dem GG (Art. 101 I 2 und Art. 97 II) keine Höchstzahl ergebe; in der Regel dürfe freilich höchstens ein Hilfsrichter Mitglied des erkennenden Gerichts sein; "dem trägt... auch § 29 DRiG Rechnung". - [22]

5. Überbesetzung von Spruchkörpern: Der Gesetzgeber schweigt trotz des Rufs nach gesetzlicher Regelung und trotz des allgemein, auch vom Gesetzgeber selbst, anerkannten Bedürfnisses nach einer festen Begrenzung der Überbesetzung. Schließlich schränkt das BVfG die Überbesetzung ein. Nach seinen Entscheidungen 17,294, 18,65 und 18,344 (zwischen 24.3.1964 und 3.2.1965) kann die Praxis die Frage der Überbesetzung von Spruchkörpern auch ohne Gesetz lösen, ohne daß sie eine Aufhebung der Entscheidungen wegen verfassungswidriger Überbesetzung riskiert. - [23]

6. StPÄG vom 19.12.1964: Einführung des § 69 II GVG: Spruchkörperinterne Geschäftsverteilung. Diese Vorschrift wurde unter anderem mit der Begründung eingeführt, das BVfG (E 17,294) verlange eine solche Vorschrift. Die BVfG-Entscheidung 18,344(350 f.) verneint dies kurz darauf, erwähnt aber, daß es "der Tendenz des Art. 101 I 2 GG durchaus (entspricht), wenn der Gesetzgeber über das verfassungsrechtlich Gebotene hinausgeht". - [24]

7. StPÄG: Erweiterung des rechtlichen Gehörs in §§ 33, 33 a, 311 III, 311 a; Einschränkung in § 308 I 2 StPO. Der Gesetzgeber lehnt sich wörtlich an die lange vorher ergangenen Entscheidungen des BVfG an [25]. Er nimmt das ins Gesetz auf, was das BVfG allein aus Art. 103 I GG heraus schon vorher als geltendes Recht angesehen hatte. - [26]

8. StPÄG: § 175 StPO: Pflicht des OLG zur Anhörung des Beschuldigten, bevor es dem Klageerzwingungsantrag stattgibt. Der Plan zur gesetzlichen Regelung wird zwar noch vor dem Ergehen der einschlägigen Entscheidung des BVfG [27] gefaßt, aber in Kenntnis der Einlegung der Verfassungsbeschwerde und der allgemeinen Ansicht des BVfG zu Art. 103 I, somit in Kenntnis des voraussichtlichen Inhalts der Entscheidung. Das BVfG [27] kommt auch ohne die

---

21) E 14,156(164).
22) S.u. § 7.
23) S.u. § 4.
24) S.u. § 9.
25) E 6,12(14) v. 25.10.1956, E 9,89 v. 8.1.1959.
26) S.u. § 10.
27) E 17,356 v. 22.4.1964.

Berücksichtigung der Gesetzesänderung zum selben Ergebnis; es entnimmt die Anhörungspflicht direkt aus Art. 103 I GG. - 28)

9. StPÄG: Stärkere Beachtung des Übermaßverbots im Recht der Untersuchungshaft: StPO § 112 I 2, Änderung des § 113, § 116 (Vollzugsverschonung), §§ 120, 121 (Dauer der Untersuchungshaft). Die Regelung erfolgt in Kenntnis der allgemeinen Rechtsprechung des BVfG zum Übermaßverbot, aber noch vor der speziellen Entscheidung des BVfG zum Übermaßverbot bei der Untersuchungshaft 29). - 30)

10. Der Ausschluß des Verteidigers. In der BRAO unterbleibt eine Regelung, unter anderem mit der Begründung der Mehrheit des Rechtsausschusses des Bundestags, man wolle die Entscheidungen des BVfG zu den anhängigen Verfassungsbeschwerden abwarten. Die BVfG-Entscheidungen 15,226 und 16,214 vom 19.12.1962 und 11.6.1963 halten eine gesetzliche Regelung für wichtig, aber im StPÄG erfolgt wieder keine Regelung der Frage, weil die Mehrheit die Diskussion in Lehre und Rechtsprechung nicht unterbrechen will. Am 28.6.1967 ergeht eine weitere Entscheidung des BVfG zum Verteidigerausschluß, die wieder eine gesetzliche Regelung befürwortet 31). Diese gesetzliche Regelung steht immer noch aus. - 32)

11. Mittelbare Zeugen (V-Leute). Nach dem Ergehen einer Entscheidung des BGH vom 1.8.1962 33) rufen viele Stimmen nach einer gesetzlichen Einschränkung des Beweises mittels geheimgehaltener V-Leute. Der Gesetzgeber schweigt aber und wartet das Ergebnis der Verfassungsbeschwerde gegen die BGH-Entscheidung ab. Das BVfG sieht im Beweis durch V-Leute keinen Verfassungsverstoß 34). Es wiederholt diese Rechtsprechung in einer zweiten Entscheidung vom 26.5.1966 35). Der Gesetzgeber schweigt weiterhin trotz vieler Stimmen, die ein eminentes Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung sehen. - 36)

---

28) S.u. § 11.
29) E 19,342 v. 15.12.1965.
30) S.u. § 8.
31) E 22,114.
32) S.u. § 5.
33) BGHSt 17,382.
34) Beschluß vom 28.1.1964 (unveröffentlicht). In Auszügen mitgeteilt von Tiedemann MDR 1965,870(872).
35) JZ 1967,570.
36) S.u. § 3.

12. Die Befugnis der Finanzbehörden, Kriminalstrafen zu verhängen, wird seit 1950 trotz ständig wiederholter verfassungsrechtlicher Bedenken beibehalten. Erst, nachdem das BVfG in seiner Entscheidung vom 6.6.1967 [37] die Strafbefugnis der Finanzämter für verfassungswidrig erklärt hat, wird das entsprechende Gesetz (AOStrÄndG) verabschiedet. - [38]

III. Die vorliegende Arbeit hat zwei Ziele:

1. Einmal soll auf die Tatsache hingewiesen werden, daß der Gesetzgeber in Fragen, die das Verfassungsrecht berühren, sein Handeln in hohem Maß an den ergangenen und bevorstehenden Entscheidungen des BVfG ausrichtet. Das Hauptgewicht wird darauf gelegt, das gesetzgeberische Verhalten bei der Erstellung des VereinhG, des 3. StrRÄG und des StPÄG zu verfolgen.

2. Zweitens soll geprüft werden, ob der Gesetzgeber zu einem solchen Verhalten berechtigt ist.

In einem Schlußteil werden die verschiedenen Formen der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG zusammenfassend aufgezeigt und bewertet.

Bei der Untersuchung der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG muß man sich bewußt bleiben, daß auch andere Gründe gleichartige Wirkungen hervorbringen können. Dies darzustellen ist aber nicht das Thema dieser Arbeit. Auf diese anderen Ursachen, die möglicherweise dieselben Wirkungen auf das Verhalten des Gesetzgebers ausüben wie die Rechtsprechung des BVfG, wird lediglich in der Zusammenfassung kurz eingegangen werden [39]. Denn es soll nicht der Eindruck entstehen, als sei es lediglich das BVfG, das im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht einen Einfluß auf den Gesetzgeber ausübt. Ein solcher Eindruck wäre sicher verfehlt. -

Wenn hier und im folgenden vom Gesetzgeber die Rede ist, dann ist damit, sofern sich aus dem Text nichts anderes ergibt, nicht eine feste Einheit - der Bundestag oder wer immer - gemeint. Angesprochen sind damit die mit der Gesetzgebung im weitesten Sinn befaßten Organe und Mitglieder dieser Organe: der gesamte Bundestag, die Mehrheit oder einzelne Mitglieder des Bundestags, der Bundesrat, die Bundesratsmehrheit oder einzelne Bundesländer, die Bundesregierung oder einzelne Minister, die mit den Gesetzentwürfen befaßten Referenten in den Ministerien, die ebenfalls mit den Gesetzentwürfen befaßten Ausschüsse, vor allem die des Bundestags - oder auch ganz pauschal die Mehrheit der beteiligten Organe, die ein bestimmtes Handeln oder Nichthandeln bewirkt hat. In welchem Sinn das Wort "Gesetzgeber" jeweils gemeint ist, wird sich aus dem Zusammenhang ergeben.

37) E 22,49.

38) S.u. § 12.

39) S.u. S. 133 ff. (§ 13 B).

ERSTER HAUPTTEIL

Der Gesetzgeber unterläßt eine gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich streitiger Fragen, zu denen eine Entscheidung des BVfG bevorsteht oder ergangen ist.

Bei der großen Mehrzahl der beim BVfG anhängigen strafprozessualen und gerichtsverfassungsrechtlichen Streitsachen mußte sich das BVfG auch zu dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen äußern. Meist blieben die Angriffe erfolglos. In den meisten dieser Fälle schwieg der Gesetzgeber zur Frage der Änderung des angegriffenen Gesetzes, sowohl vor als auch nach der Entscheidung des BVfG.

1. Wollte man versuchen, in der Fallgruppe "Schweigen des Gesetzgebers zu verfassungsrechtlichen Fragen" Vollständigkeit zu erreichen, müßte man in jedem dieser Fälle prüfen, ob der Gesetzgeber in bezug auf die bevorstehende oder ergangene Entscheidung des BVfG schwieg, und wenn ja, wie dieses Schweigen zu beurteilen ist.
Das Ergebnis wäre vorauszusehen: Die Aussagen über das Schweigen des Gesetzgebers wären konturenlos und würden sich meist in reinen Vermutungen erschöpfen. Eine (gutzuheißende oder abzulehnende) Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG wäre damit nicht zu beweisen.

2. Deshalb wurden in den folgenden Abschnitt nur die durch besondere Merkmale gekennzeichneten Fälle aufgenommen:
Entweder liegen konkrete Stellungnahmen des BVfG vor; oder hat der Gesetzgeber sich mit der Änderung der angegriffenen Norm ausdrücklich beschäftigt, eine Änderung aber abgelehnt; oder waren die Forderungen in der Rechtswissenschaft nach einer Änderung der Norm besonders dringend.

a) Unter Beachtung dieser Gesichtspunkte fanden folgende Kapitel Aufnahme in den ersten Hauptteil:
Der Streit um die bewegliche Zuständigkeit;
Die Diskussion um die Überbesetzung von Kollegialgerichten;
Das Problem der mittelbaren Verwertung der Aussagen von V-Leuten;
Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis.

b) Nicht aufgenommen wurde der Großteil des Problems der Beweisverbote, insbesondere mit den Untergliederungen der Zeugnisverweigerungsrechte und der Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbote, vor allem im Zusammenhang mit der Pressefreiheit, außerdem die Fragen um die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel. Alle diese Fragen haben verfassungsrechtlichen Bezug. Auch das BVfG hat sich mit ihnen schon beschäftigt, im "Stern-Fall" [1], in zwei

1) E 15, 223(225), einstweilige Anordnung vom 18.12.1962.

Urteilen zu § 81 a StPO [2], einem "Tagebuch-Fall" [3] und im "Spiegel-Urteil" [4]. In allen diesen Entscheidungen sagte das BVfG kaum etwas zu der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen; es beschränkte sich auf die Wiederholung seiner allgemeinen Rechtsprechung, daß man das Strafverfolgungsinteresse des Staates gegen die Grundrechte abwägen müsse [5] [6].

Die Entwicklung in der Gesetzgebung steht noch völlig am Anfang. Die Gesetzesänderungen im VereinhG und im 3. StrRÄG regelten nur einen Ausschnitt, nämlich das Zeugnisverweigerungsrecht, das Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbot, und auch hiervon nur einen geringen Teil [7].

Man erkennt heute in den Gesetzgebungsorganen zwar die Regelungsbedürftigkeit der Fragen an und versucht, Lösungen besonders zum Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot für Presse und Rundfunk zu finden. Fortschritte zeigen sich aber kaum, weil die Gesetzgebungsorgane sich vorläufig gegenseitig mit Entwürfen überhäufen [8]. Auch die Rechtswissenschaft diskutiert die Frage erst

---

2) E 16,194 v. 10.6.1963; 17,108 v. 25.7.1963.

3) E 18,146(147), einstweilige Anordnung vom 14.7.1964.

4) E 20,162(187 ff.), Teilurteil vom 5.8.1966; in derselben Sache schon E 15,77(78 f.) vom 9.11.1962.

5) E 7,198(205 ff.); 10,118(121); 12,113(130).

6) Allein in E 16,194(200 f.) und 17,108(117) äußerte sich das BVfG kurz zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 81 a StPO und lehnte sie entschieden ab. Daß der Gesetzgeber eine Neufassung des § 81 a wegen der Entscheidungen des BVfG unterlassen hat, kann hieraus nicht abgelesen werden. Eine Abhängigkeit des Gesetzgebers ist in dieser Frage also nicht zu beweisen.

7) VereinhG vom 12.9.1950: Art. 3 (StPO) Nr. 17 (§ 53 I Nr. 4), Nr. 35 (§§ 81 a - d), Nr. 38, 39 (§ 98 I und III), Nr. 40 - 43 (§§ 103 II, 104 II, 105 I und II 2); BGBl 1950, 480 - 482. Vgl. dazu Gerner NJW 1950,722 (727), Dallinger SJZ 1950,732(733 f.).
3. StrRÄG vom 4.8.1953: Art. 4 (StPO) Nr. 9 (§§ 53, 53 a), Nr. 10, 11 (§§ 81 a, c), Nr. 12 (§ 97), Nr. 13 (§ 101 a); BGBl I 1953,744 f. Zum Inhalt der Änderungen, die das 3. StrRÄG brachte, vgl. Eb. Schmidt, Lehrkomm. II 1957, Nachträge S. 1339 ff. (Anm. zu §§ 53 und 53 a) und Dallinger JZ 1953,432(436 f.).

8) Entwurf des BR vom 29.11.1963, BT-Drs IV/2147. In einer Entgegnung machte die Bundesregierung Gegenvorschläge. Sie äußerte wie der BR den Wunsch, die Gegenstände des Entwurfs noch mit dem StPÄG zu verabschieden (Anl. 2 zu Drs IV/2147, S. 7).
Entwürfe der FDP: BT-Drs IV/1815 (v. 8.1.1964) und V/62 (v. 29.11.1965).
Am 22.6.1964 legte der Rechtsausschuß des BT seine Vorschläge für die

seit 1966 eingehend. Sie wurde angeregt durch den 46. Deutschen Juristentag, dessen strafrechtliche Abteilung das Thema "Beweisverbote" behandelte [9]. Angesichts dieser Lage ist eine Stellungnahme zum Einfluß des BVfG auf den Gesetzgeber und eine Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers noch verfrüht [10]. Lediglich im Ausblick auf die künftige Entwicklung [11] wird kurz auf die Beweisverbote zurückzukommen sein.

Fortsetzung der Fußnote 8) von Seite 10:
3. Beratung des StPÄG vor (BT-Drs IV/2378). Auch er anerkannte die Notwendigkeit, den Schutz des Redaktionsgeheimnisses, das Zeugnisverweigerungsrecht und die Beschlagnahmebestimmungen zu verbessern. Er lehnte jedoch eine Aufnahme dieser Fragen in das StPÄG ab, weil sie in den Gesetzgebungsorganen noch nicht genügend behandelt worden seien. Er beabsichtigte aber, diese Fragen noch im Jahr 1964 (!) zu einer gesetzlichen Regelung zu bringen: zu Drs IV/2378, S. 2.
In der 3. Beratung des StPÄG betonten die Abg. Kanka und Bundesjustizminister Bucher erneut die Notwendigkeit, das Zeugnisverweigerungsrecht und speziell den Schutz des Redaktionsgeheimnisses zu verbessern, aber sie äußerten damit nur allgemeine Programmsätze: 132. Sitzung des 4. BT vom 24. 6. 1964, Sten. Ber. S. 6476 f.

9) Vgl. die Gutachten und Sitzungsberichte zum 46. Deutschen Juristentag in: Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags, Bd. I Teil 3 A und B und Band II Teil F. Außerdem Spendel NJW 1966, 1102; Kleinknecht NJW 1966, 1537; Grünwald JZ 1966, 489.

10) Mit Ausnahme des Kapitels um die V-Leute (s. u. § 3). In dieser Frage ist die Entwicklung schon weiter fortgeschritten.

11) S. u. S. 147 f. (§ 13 C vi 2, 3).

§ 2
DIE BEWEGLICHE ZUSTÄNDIGKEIT

Die StPO und das GVG legen die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Strafgerichte in vielen Fällen nicht abschließend fest, sondern erklären entweder mehrere Gerichte für zuständig oder lassen es auf das Vorliegen bestimmter ausfüllungsbedürftiger Merkmale ankommen, welches Gericht zuständig ist. Daraus folgt, daß die Staatsanwaltschaft bei der Abfassung der Anklageschrift darüber entscheiden muß, bei welchem der mehreren möglichen Gerichte sie die Anklage erhebt. In der Praxis wird das Hauptverfahren in aller Regel vor dem von der Staatsanwaltschaft angerufenen Gericht stattfinden. Sie hat somit einen bedeutenden Einfluß auf die Bestimmung des im konkreten Einzelfall erkennenden Gerichts.

A. Bewegliche Zuständigkeit je nach der besonderen Bedeutung des Falles: § 24 I Nr. 2, 3 GVG

I. Die Entwicklung von 1950 bis zu BVfGE 9,223.

In § 24 I Nr. 2 und 3 GVG steht unter anderem: "Für Vergehen und Verbrechen sind die Amtsgerichte zuständig, wenn nicht ..... die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim Landgericht erhebt." Diese Fassung des § 24 I Nr. 2, 3 besteht seit dem VereinhG vom 12.9.1950. Damals wurden keine verfassungsrechtlichen Bedenken geäußert [1].
§ 24 wurde in den Jahren 1958/59 Anlaß zu einer Verfassungsbeschwerde und einer Entscheidung des BVfG [2], in der das Gericht die geltende Regelung bestätigte.

1. In der Rechtsprechung und von Vertretern der Praxis wurde in der Zeit ab 1950 bis zu dieser Entscheidung des BVfG keine Kritik an der Möglichkeit der Staatsanwaltschaft laut, je nach der besonderen Bedeutung des Falles beim Amtsgericht oder beim Landgericht anzuklagen. Auch in der Rechtslehre überwogen die zustimmenden Stellungnahmen.
Diese herrschende Meinung [3] anerkannte zwar, sofern sie sich überhaupt näher

---

1) Über die Entwicklung der beweglichen Zuständigkeit, besonders des § 24 I Nr. 2, 3 GVG, informieren Oehler ZStW 64(1952),292 ff. und Kröger, Diss. S. 20 ff.

2) E 9,223 vom 19.3.1959.

3) Kern, Der gesetzliche Richter, S. 174 ff.; Kern, Gerichtsverfassungsrecht (3) S. 151; Henkel, S. 170; Schwarz-Kleinknecht (20 und 21) je § 24 GVG Anm. 1 B; KMR-Müller (4) § 24 GVG Anm. 4 vor a, a) bb), b) bb); Löwe-Rosenberg (20) § 24 GVG Anm. 3, 3 a. - BGHSt 9,367 mit zust. Anm. von

zu der Frage äußerte, daß das Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) durch die bewegliche Zuständigkeit eingeschränkt wurde. Sie hielt diese Einschränkung aber für zulässig.

Als Beispiel für die im wesentlichen gleichlautenden Begründungen seien die wichtigsten von BGHSt 9,367 genannten Gründe angeführt: Art. 101 I 2 GG verbiete bloß Willkür, aber nicht jede bewegliche Zuständigkeit und vor allem nicht die Wahl des zuständigen Gerichts durch die Staatsanwaltschaft. Die weiten Strafrahmen des materiellen Strafrechts ließen eine starre Zuständigkeit nicht zu. Rechtsstaatlichen Anforderungen sei durch die in § 209 StPO vorgesehene gerichtliche Kontrolle genügt (es handelte sich um die vor dem StPÄG gültige Fassung). Die später vom BVfG (E 9,223) ins Zentrum gerückte Frage, ob die Staatsanwaltschaft, wenn sie die besondere Bedeutung im Einzelfall annimmt, vor dem Landgericht anklagen muß oder ob sie noch zwischen Amtsgericht und Landgericht wählen kann, wurde vor 1959 nur zum Teil als Problem angesehen [4].

2. Verfassungsrechtliche Bedenken wurden auch in der Lehre nur in geringem Maß laut, jedoch von höchst berufener Seite: von Oehler [5], Bockelmann [6], Eb. Schmidt [7] und Bettermann [8]. Sie alle anerkannten als selbstverständlich, daß die Entwicklung des materiellen Strafrechts, vor allem die weiten Strafrahmen, eine völlig starre Zuständigkeitsregelung im Gesetz unmöglich gemacht hat. Oehler forderte aber, daß eine starre Regelzuständigkeit gebildet wird, die nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden kann. Für die Ausnahmefälle müsse das Merkmal der besonderen Bedeutung, das zu stark die Wirkung nach außen betone, durch gerichtstechnische Kriterien ersetzt werden, etwa die "Schwere des Falls, die sich mehr nach dem Unrechtsgehalt der verbrecherischen Gesinnung bemißt".

Bockelmann gab zu, daß es unvermeidlich ist, daß wenigstens zunächst die Staatsanwaltschaft die Zuständigkeit bestimmt, weil sie eben die Anklagebe-

---

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 12:
Dallinger MDR 1957,113; BGH NJW 1958,918. Auch die Oberlandesgerichte (z.B. Bremen JZ 1953,150 mit Anm. von Busch, Bamberg MDR 1957,117) wandten § 24 I Nr. 2 GVG ohne Bedenken an.

4) Die RiStV von 1953 (Nr. 92 I) bejahten ein eng begrenztes Ermessen. Löwe-Rosenberg (20) § 24 GVG Anm. 3 a übernahm diese Ansicht. Gegen jedes Ermessen Bettermann, s.u. Fn 8.

5) ZStW 64 (1952), 292(304 f.).

6) GA 1957,357 ff. und NJW 1958,889 ff.

7) MDR 1958,721 ff., Lehrkomm. III § 16 GVG Rn 2, § 24 GVG, Rn 10, 11.

8) BNS, S. 544 ff. (insbes. 563 ff.).

hörde ist. Das Prinzip des gesetzlichen Richters verlange aber, daß sie gebunden werde, soweit dies technisch möglich ist. Diese Forderung sei in § 24 I Nr. 2, 3 nicht erfüllt. Das Merkmal der besonderen Bedeutung gebe der Staatsanwaltschaft erstens zu große Auslegungsfreiheit, zweitens werde es in der Praxis, besonders in den RiStV [9], unter Verstoß gegen Art. 3 GG angewandt (GA 1957, 362): Es dürften nicht die Besonderheiten des Einzelfalls maßgebend sein, z. B. die persönliche Stellung des Beschuldigten oder eines Beteiligten; es müßten generelle Umstände herangezogen werden, etwa die "Hohe der Schuld" oder das "Ausmaß der Tatfolgen".
Ähnlich verlangte Eb. Schmidt, das generelle Merkmal der "Schwere des Delikts" als Unterscheidungsmerkmal heranzuziehen statt die Besonderheit des Einzelfalls.
Bettermann schließlich hielt sehr formalistisch eine bewegliche Zuständigkeit im Strafprozeß immer dann für verfassungswidrig, wenn die Staatsanwaltschaft das zuständige Gericht aus mehreren Gerichten nach ihrem Ermessen auswählen kann. § 24 I Nr. 2, 3 GVG sei deshalb nur dann verfassungsgemäß, wenn man annehme, daß die Staatsanwaltschaft beim Vorliegen der besonderen Bedeutung beim Landgericht anklagen muß. Die Praxis, die z. T. Ermessen der Staatsanwaltschaft annehme, sei verfassungswidrig.

3. a) Angesichts der überwältigenden Zahl der Befürworter der geltenden Regelung erhoben sich in den für die Gesetzgebung zuständigen Organen keine Bestrebungen, § 24 I Nr. 2 GVG zu ändern.

b) Am 10. 6. 1958 wurde eine Verfassungsbeschwerde erhoben, die die Verfassungswidrigkeit des § 24 I Nr. 2 GVG rügte [10]. Diese Verfassungsbeschwerde wurde der Bundesregierung und dem Bundestag alsbald bekannt: Gemäß § 94 IV BVfGG i. V. mit § 77 BVfGG muß das BVfG unter anderem dem Bundestag und der Bundesregierung Gelegenheit zur Äußerung geben, wenn eine Verfassungsbe-

---

9) Nr. 92, 203 II der damals geltenden RiStV vom 1. 8. 1953 in der bis 31. 12. 1959 geltenden Fassung (Schwarz-Kleinknecht (21) S. 849 ff.). Die RiStV beruhen auf einer Vereinbarung der Landesjustizverwaltungen aller deutschen Bundesländer. Ähnliches bestimmten schon die RiStV (Nr. 162, 163) des Reichsjustizministers vom 13. 4. 1935.

10) Die Verfassungsbeschwerde führte zu BVfGE 9, 223.

schwerde mittelbar oder unmittelbar gegen ein Gesetz gerichtet ist [11]. Der Rechtsausschuß des Bundestags teilte denn auch die Existenz der Verfassungsbeschwerde schon am 16.10.1958 dem Bundestagsplenum mit [12]. Auch dieses Verfahren vor dem BVfG veranlaßte den Gesetzgeber nicht zu einer entscheidenden Aktivität.

c) In der Diskussion um eine große Anfrage zur Justizpolitik im Bundestag im Januar 1959 wandte sich Ad. Arndt zwar gegen das unkontrollierbare Ermessen der Staatsanwaltschaft in den Fällen der beweglichen Zuständigkeit [13]. Eine Aussicht auf eine Gesetzesänderung noch vor der Entscheidung des BVfG ergab sich hieraus aber nicht.

II. BVfGE 9,223 und die Reaktionen in den Gesetzgebungsorganen.

1. Am 19.3.1959 erging die Entscheidung des BVfG auf die genannte Verfassungsbeschwerde [14]. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte § 24 I Nr. 2 GVG als verfassungsgemäß. Art. 101 I 2 GG verlange, daß der gesetzliche Richter sich möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Norm ergibt (so schon E 6,45(50)), das sei eine Forderung der Rechtssicherheit. Infolge der weiten Strafrahmen des modernen Strafrechts sei eine endgültige Bestimmung des gesetzlichen Richters durch eine generelle Vorschrift aber gar nicht möglich. Eine Aufgliederung der Zuständigkeiten innerhalb der einzelnen Straftatbestände sei sogar ein Erfordernis der Gerechtigkeit, das mit der Forderung nach Rechtssicherheit in Konflikt stehe.
Diese Aufgliederung sei nur durch eine bewegliche Zuständigkeit vorzunehmen. Nach Art. 101 I 2 GG dürfe dies nur so geschehen, daß justizgemäße Gesichtspunkte zur Aufgliederung verwendet werden und somit "sachfremden Einflüssen vorgebeugt wird" (S. 227). Das Kriterium der besonderen Bedeutung entspreche diesen Anforderungen. Die RiStV von 1953 umgrenzten den Begriff genügend. Die Befolgung rechtsstaatlicher Regeln sei zudem dadurch gewährleistet, daß die Staatsanwaltschaft ein Teil der Justiz sei und daß sie an das Legalitätsprinzip

---

11) Ähnliches gilt bei allen vor dem BVfG anhängigen Verfahren, bei denen ein Gesetz im Streit ist, vgl. z.B. §§ 77, 82 BVfGG. Solche Fälle liegen in fast allen für diese Arbeit bedeutenden Entscheidungen des BVfG vor. Man kann also in diesen Fällen immer davon ausgehen, daß die an der Gesetzgebung beteiligten Organe spätestens nach wenigen Monaten von der Existenz des Verfahrens vor dem BVfG wußten.

12) BT-Drs III/577, lfd. Nr. 616.

13) 56. Sitzung des 3. BT vom 22.1.1959, Sten.Ber. S. 3048.

14) E 9,223.

gebunden sei, das jedes Ermessen von vornherein begrenze. Nötig sei es freilich, ein Ermessen der Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall völlig auszuschließen. Die Staatsanwaltschaft müsse regelmäßig beim Amtsgericht anklagen; wenn sie eine besondere Bedeutung des Falls annehme, müsse sie beim Landgericht anklagen. Sie dürfe also bloß noch den unbestimmten Begriff der besonderen Bedeutung auslegen und den konkreten Fall darunter subsumieren.
Ein weiterer Grund, § 24 I Nr. 2 gutzuheißen, sei die Möglichkeit des Landgerichts, nach § 209 I 2 StPO (in der Fassung vor dem StPÄG) die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu korrigieren.
Das BVfG hielt zwar eine Regelung für denkbar, die dem Grundgedanken des Art. 101 I 2 GG besser gerecht wird (S. 230); das GG jedenfalls fordere eine solche nicht.

2. Bald darauf änderten mit Wirkung vom 1.1.1960 die Länderjustizverwaltungen die RiStV [15]. Nr. 92 RiStV verbot in Befolgung der Entscheidung des BVfG jegliches Ermessen der Staatsanwaltschaft bei der Bestimmung des anzurufenden Gerichts (Abs. I und II). Außerdem wurde ein Teil der in der alten Fassung der RiStV angeführten Beispiele für die besondere Bedeutung gestrichen, insbesondere das "Interesse der Öffentlichkeit am Einzelfall". Die am 1.12.1966 neu verkündeten RiStV behielten diese Regelung inhaltlich unverändert bei; Nr. 92 wurde lediglich zu Nr. 108. Die RiStV vom 1.12.1966 beseitigten die Wahlfreiheit der Staatsanwaltschaft auch bei politischen Straftaten (Nr. 218); und Nr. 218 II verzichtet im Gegensatz zu der alten Nr. 203 II auf die Anführung von Beispielen für die besondere Bedeutung [16].

3. Der Gesetzgeber jedoch ließ die alte Fassung der Vorschriften über die bewegliche Zuständigkeit bestehen trotz der Äußerung des BVfG, daß eine bessere Regelung denkbar sei. An dieser ablehnenden Haltung änderte auch die Forderung der Abgeordneten Diemer-Nicolaus nach einem Wegfall der beweglichen Zuständigkeit je nach der Bedeutung des Falles nichts [17].

III. Angesichts dieses Verhaltens des Gesetzgebers stellt sich die Frage: Hätte der Gesetzgeber die Äußerung des BVfG, daß eine bessere Regelung denkbar sein mag, als Hinweis für eine Verbesserung des § 24 GVG ansehen müssen?

1. a) Das BVfG hat nur zu prüfen, ob eine bestimmte Norm gegen die Verfassung verstößt, und es muß sie bestätigen, wenn sie von der Verfassung gedeckt

---

15) Text bei Schwarz-Kleinknecht (22-26), unter Abschnitt F 1.
16) Text bei Schwarz-Kleinknecht (ab 27), unter F 1.
17) 1. Beratung des StPÄG im BT; 128. Sitzung des 3. BT vom 21.10.1960, Sten.Ber. S. 7417.

ist. Die Verfassung hat regelmäßig bloß eine "Prinzipienfunktion" [18]. Die Folge ist, daß das BVfG nur für die Einhaltung dieser Prinzipien, nur für die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindesterfordernisse [19] zu sorgen hat. Das BVfG darf und will sich nicht zum Schiedsrichter über Fragen des einfachen Rechts machen [20].

b) Genau dem entsprach die Zurückhaltung des BVfG in E 9,223 [21]. Hätte es gesagt, daß § 24 I 2 eine zu weite bewegliche Zuständigkeit erlaube, so wäre eine klare Lösung unmöglich geworden. Das BVfG wäre genötigt gewesen, zu Einzelheiten Stellung zu nehmen.

aa) Wenn das BVfG ausgesprochen hätte, Art. 101 I 2 GG fordere, die Staatsanwaltschaft zu binden, so eng dies technisch möglich ist, wie es Bockelmann [22] verlangte, so wäre es in einen nie endenden Streit um die engstmögliche Bindung hineingezogen worden.

Es hätte z. B. den Begriff der besonderen Bedeutung durch einen anderen, und zwar den bestmöglichen ersetzen können. Schon Oehler, Bockelmann und Eb. Schmidt, die das Kriterium der besonderen Bedeutung angreifen, schlagen verschiedene Begriffe als Ersatz vor: Höhe der Schuld, Ausmaß der Tatfolgen, Schwere des Falls, z. T. unter Betonung des Unrechtsgehalts und der verbrecherischen Gesinnung [23]. Klarheit darüber, welcher Begriff nun der beste ist, wäre kaum zu erreichen.

Eine andere Möglichkeit wäre gewesen, den Begriff der besonderen Bedeutung beizubehalten und die bestmögliche Umschreibung für den Begriff zu suchen. Auch hier wäre das BVfG sogleich wieder in einen nie endenden Streit, diesmal um die beste Definition der "besonderen Bedeutung", gezogen worden.

---

18) Tiedemann MDR 1963,456; ähnlich BVfGE 2,124(130); Maunz-Sigloch u. a. Vorbem. Rn 16; Karl S. 109; Scheuner DÖV 1960,601(610).

19) BVfGE 7,53(57) zu Art. 103 I GG: "Art. 103 I will .... ein Minimum von rechtlichem Gehör gewährleisten".

20) Rinck NJW 1964,1649(1652, Fn 45). Ständige Rechtsprechung des BVfG: E 1,7(8); 1,418(420); 4,1(7); 6,7(10); aus neuerer Zeit: 19,73(74).

21) Eine Beurteilung der Entscheidung auch unter anderen Gesichtspunkten findet sich bei Kröger, S. 75 ff.

22) NJW 1958,889(890).

23) S. o. Fn 5-7.

bb) Hätte es das BVfG vermieden, die bestmögliche Regelung zu verlangen, dann hätte es selbst eine seiner Meinung nach bessere als die gegenwärtige vorschlagen können. Dieser Entscheidung hätte notwendig der Ruch der Willkür angehangen. Das BVfG sagt selbst (S. 227), daß oft der Einzelfall entscheiden müsse. Wenn das so ist, ist ein genereller, auslegungsfähiger Begriff als Weiche für die bewegliche Zuständigkeit besser als einer, der für Einzelfallentscheidungen nur wenig Raum läßt. Die hier zu beachtenden Umstände sind so subtil, daß es geradezu in die Augen springt, daß es nicht die Aufgabe des BVfG sein kann, sich in dieser Frage zwischen mehreren ganz ähnlichen Möglichkeiten festzulegen.

2) Man kann zurecht die Frage stellen, ob das BVfG nicht zu formalistisch entschieden hat [24]. Man mag die Entscheidung billigen [25] oder - zumindest in ihrer Begründung - ablehnen [24], eines ist jedenfalls klar: Für den Gesetzgeber gelten die Gründe, aus denen das BVfG ein Eingreifen in den Meinungsstreit abgelehnt hat, keineswegs. Der Gesetzgeber ist im Gegenteil verpflichtet, mehr zu tun, als bloß das verfassungsrechtlich unbedingt Nötige. Sicher steht es in seinem Ermessen, zu welchen Lösungen - ihre Verfassungsmäßigkeit vorausgesetzt - sich der Gesetzgeber im Einzelfall entscheidet. Der Grundsatz jedoch steht fest: Der Gesetzgeber muß versuchen, über die Erfüllung von Minimalerfordernissen hinauszugehen und gestalterisch tätig zu werden [26]. Er muß versuchen, die Grundgesetzvorschriften mit Inhalt zu füllen. Das ist eine wesensmäßig dem Gesetzgeber obliegende Aufgabe. Es ist nur natürlich, daß die Verfassung als Grundordnung die von ihr berührten Gebiete nicht vollständig regelt; und es ist Sache des Gesetzgebers, diese Arbeit der Vervollständigung zu leisten [27].

---

24) So z.B. Woesner NJW 1961, 533(534). Kritik auch von Eb. Schmidt JZ 1959, 535: mit der Annahme eines unbestimmten Rechtsbegriffs verschiebe das BVfG die Frage nur dahin, ob ein so unbestimmter Begriff zulässig ist. Peters, Strafprozeß (2) S. 114 f., meint, man müsse auch bei der Auslegung durch das BVfG von Ermessen sprechen, weil die Entscheidung der Staatsanwaltschaft ein prozessualer Willensakt sei. Er billigt aber E 9, 2. 3 im Ergebnis.

25) Die schon vor E 9, 223 bestehende h.M. (s.o. Fn 3) wurde in der Folgezeit noch weniger angefochten. I.d.R. wurde in den neuen Stellungnahmen auch die Begründung des BVfG übernommen, vgl. Schwarz-Kleinknecht Anm. 4, Löwe-Rosenberg Anm. 4, KMR-Müller Anm. 4 a)aa)(1), je zu § 24 GVG; KMR-Sax Einl. 2 c, S. 26; Kern, Gerichtsverfassung S. 148.

26) In diese Richtung geht eine Äußerung des BVfG gerade zu Art. 101 I 2 GG: E 18, 344(352): "Es entspricht durchaus der Tendenz des Art. 101 I 2 GG, wenn der Gesetzgeber über das verfassungsrechtlich Gebotene hinausgeht."

27) Rupp, Gutachten, S. 206; Hanack JZ 1965, 142.

Der Gesetzgeber ist freilich nicht gehalten, jede denkbare bessere Regelung auch sogleich zu verwirklichen. Er übt sein Ermessen gewinnbringender aus, wenn er eine möglichst sachgerechte Lösung anstrebt, als wenn er versucht, den Rechtsstaat zu perfektionieren.

3. Folgende hauptsächliche Möglichkeiten zur Neufassung des § 24 I Nr. 2 GVG hätten bestanden [28]:

a) Ersetzung des Begriffs der besonderen Bedeutung durch einen anderen.

b) (Den Begriff der besonderen Bedeutung belassen, aber) Bessere Umschreibung des Begriffs der besonderen Bedeutung als in der Praxis und in den RiStV. Dabei ist zu beachten, daß die RiStV schon 1960 und 1966 geändert wurden und seither fast völlig darauf verzichten, die früher von Bockelmann so heftig angegriffenen einzelnen Beispiele für die besondere Bedeutung zu nennen (s. o. II 2).

c) Vermehrung der sogenannten "Hilfssicherungen" [29], die ein rechtsstaatliches Verhalten der Staatsanwaltschaft gewährleisten sollen und die auch das BVfG [30] erwähnte.

d) Man könnte schließlich daran denken, die gegenwärtigen Hilfssicherungen wirksamer zu machen.

Zu a) Ohne im einzelnen zu erörtern, was die als Ersatz vorgeschlagenen Begriffe meinen, eines läßt sich eindeutig sagen: Klarere Kriterien für die Zuständigkeitswahl bringen auch sie nicht, und enger gebunden wäre die Staatsanwaltschaft auch durch sie nicht. Die Schwierigkeit ist immer dieselbe: Da die näheren Umstände einer Straftat vor der Hauptverhandlung noch zu einem guten Teil ungeklärt sind, sind auch die Fakten für eine Bindung und für eine Überprüfung der Staatsanwaltschaft noch nicht in genügendem Maß gegeben.
Nur zu einem Punkt der Angriffe gegen das Merkmal der besonderen Bedeutung soll Stellung genommen werden. Vor allem Bockelmann und Eb. Schmidt wollen den Begriff der besonderen Bedeutung, der individualisierendes Ermessen der Staatsanwaltschaft erlaube, durch generelle Maßstäbe ersetzen. Die gegenwärtige Übung verstoße gegen Art. 3 GG. Diesem Argument ist mit der h. M. entgegenzuhalten, daß Art. 3 gerade erfüllt ist, wenn ein Fall wegen seiner individuellen Besonderheit vor ein anderes Gericht kommt, sei diese Besonderheit nun eine sogenannte innere (schwere Schuld) oder äußere (Stellung des Beschuldigten in der Öffentlichkeit, Interesse der Öffentlichkeit an der Tat). Damit wird ins-

28) Ausführlicher zur ganzen Frage: Kröger, S. 109 ff.
29) Begriff nach Kröger, S. 111.
30) E 9, 223(228 f.).

besondere der Ansicht von Oehler [31] widersprochen, der wohl die Manipulierbarkeit solcher äußerer Umstände fürchtet. Sofern sie nicht manipuliert sind, sind sie verwertbar, weil sie eben dem Fall seine besondere Bedeutung geben.
Zu b) Hierzu ist ähnliches zu sagen. Von den einzelnen Beispielen in den RiStV von 1953 konnte jedes einmal sachgerecht sein. Das gilt selbstverständlich auch von vielen nicht in den RiStV genannten Besonderheiten. Der oben (II, 2) erwähnte weitgehende Verzicht der RiStV seit 1960, Beispiele für die besondere Bedeutung zu nennen, hat an der Rechtslage nichts geändert. Nach wie vor steht in der Einführung zu den RiStV der für alle Nummern der Richtlinien geltende Auslegungshinweis: Danach verstehen sich die RiStV nur als Anleitungen für den Regelfall; sie wollen weder eine starre noch abschließende Regelung aussprechen, sondern anerkennen durchaus die Mannigfaltigkeit der Einzelfälle. Rechtsprechung und Lehre haben m.E. für eine ausreichende Klärung des Begriffs gesorgt [32]. Sicher bestehen Meinungsverschiedenheiten [32] darüber, wann eine besondere Bedeutung anzunehmen ist. Aber die Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit verbietet eine engere Festlegung. Eine gesetzliche Umschreibung der besonderen Bedeutung könnte notwendig nur Beispiele aufzählen und würde, wie jede Kasuistik, nur neue Lücken öffnen; sie wäre deshalb keineswegs gerechter als der gegenwärtige Zustand, bei dem Streitigkeiten über die besondere Bedeutung doch nur selten auftreten.
Zu c) aa) Man könnte dem Angeschuldigten z.B. ein Widerspruchsrecht gegen die Wahl der Staatsanwaltschaft geben. Wenn der Widerspruch zur Folge hätte, daß die Wahl des Staatsanwalts rückgängig gemacht würde, so wäre das höchstens eine Verschlechterung der Hilfssicherungen. Denn die Wahl des Angeschuldigten wird dem Prinzip des gesetzlichen Richters noch weniger gerecht als die Wahl durch die dem Legalitätsgrundsatz verpflichtete Staatsanwaltschaft. Hätte der Widerspruch ein Zwischenverfahren zur Folge, so brächte das, wie fast jede Vermehrung von Hilfssicherungen, eine Verzögerung des Verfahrens mit sich; und diese ist noch unerwünschter als eine gelegentlich und dann meist irrtümlich falsche Entscheidung der Staatsanwaltschaft zur besonderen Bedeutung [33].

Für eine in jedem Falle wirksame Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung zu sorgen, brächte mehr Nachteile als Vorteile. Es ist zu bedenken, daß diese Entscheidung nur einen kleinen Bereich der Prozeßvoraussetzung "Zuständigkeit" ausmacht, und daß mit allen Prozeßvoraussetzungen noch nichts zum wichtigsten Teil des Prozesses gesagt ist, der Frage, ob sich der Angeklagte

---

31) ZStW 64(1952), 292(305).

32) Vgl. die bei Löwe-Rosenberg § 24 GVG Anm. 4 a, Eb. Schmidt Lehrkomm. III § 24 GVG Rn 11, KMR-Müller § 24 GVG Anm. 4 a) aa) (2) aufgezeigten Beispiele aus der Rechtsprechung.

33) Kröger, S. 141 und 188.

strafbar gemacht hat. Auch wenn die Frage der beweglichen Zuständigkeit das Recht auf den gesetzlichen Richter berührt, so ist sie innerhalb des gesamten Verfahrens trotzdem nicht so wichtig, daß Perfektionismus walten müßte.

bb) Eine neue Hilfssicherung für den Beschuldigten gegen eine falsche Entscheidung der Staatsanwaltschaft zur Bedeutung seines Falles bietet das vom Schöffengericht an aufwärts mögliche Schlußgehör vor der Staatsanwaltschaft, das das StPÄG von 1964 mit den §§ 169 a - c StPO brachte. Der Beschuldigte kann nun seine Bedenken gegen eine geplante Entscheidung der Staatsanwaltschaft besser geltend machen [34].

cc) Das StPÄG hat noch eine weitere notwendige und nicht zu aufwendige Besserung gebracht. Nach § 209 I - III StPO in der neuen Fassung [35] kann jetzt jedes von der Staatsanwaltschaft angerufene Gericht die Entscheidung der Staatsanwaltschaft überprüfen und entweder vor dem seiner Ansicht nach zuständigen (niedereren) Gericht das Verfahren eröffnen oder die Sache dem seiner Ansicht nach zuständigen (höheren) Gericht zur Prüfung vorlegen. Somit besteht für jeden Fall die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle [36]. Vor dem StPÄG ergab § 209 StPO dies nicht eindeutig [37].

Zu d) Mit der Erwähnung der Korrektur des § 209 StPO wird ein zweites Problem berührt: das Ziel, die gegenwärtigen Hilfssicherungen wirksamer zu machen. Die gerichtliche Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung ist nach dem Gesagten theoretisch in jedem Fall möglich. Die Hilfssicherung des § 209 hält das BVfG auch für notwendig [38]. In der Praxis funktioniert die Nachprüfung

---

34) Kröger, S. 181 in einer Vorschau auf das damals erst geplante Schlußgehör.

35) Die Änderung des § 209 StPO geht auf einen Antrag aus der 2. Beratung des StPÄG zurück, der die Einführung eines § 202 c bezweckte (69. Sitzung des 4. BT vom 27.3.1963, Sten.Ber. S. 3139 f.; Umdruck 243 Nr. 2, Anlage 10 zur 69. Sitzung des 4. BT, Sten.Ber. S. 3162).
In der 3. Beratung wurde die sachlich gleiche Bestimmung dann durch eine Änderung des § 209 StPO getroffen (132. Sitzung des 4. BT vom 24.6. 1964, Sten.Ber. S. 6469; Umdruck 501 Anl. 10 zur 132. Sitzung des 4. BT, Sten.Ber. S. 6505).

36) Nach Kleinknecht JZ 1965, 153(159) besteht somit nur noch "eine Art Vorschlagsrecht" der Staatsanwaltschaft. In der Praxis wirkt sich das Vorschlagsrecht jedoch wie ein Entscheidungsrecht aus, s.u. zu d).

37) Eb. Schmidt Lehrkomm. III, § 24 GVG Rn 13, 14; KMR-Müller (4) § 24 GVG Anm. 4 a) bb) 2; Löwe-Rosenberg (21) § 209 StPO Anm. 4; (20) § 24 GVG Anm. 3 c.

38) E 9, 223(229). Von E 18, 423(428) vom 30.3.1965 wird die Bedeutung gerade dieser Hilfssicherung erneut betont.

freilich nur wenig. Die Gerichte übernehmen in aller Regel unbesehen die Auffassung der Staatsanwaltschaft. Das ist aber kein Grund, etwa eine völlige Neufassung der Zuständigkeitsvorschriften zu verlangen. Verfassungswidrig ist die bewegliche Zuständigkeit deshalb keinesfalls. Nur der Einzelfall kann verfassungswidrig sein, in dem das Gericht wegen des Unterlassens der Nachprüfung eine falsche Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht korrigiert hat [39].
Immerhin wäre es angebracht, daß die Staatsanwaltschaft in allen Grenzfällen Aussagen zur besonderen Bedeutung macht und nicht bloß, wie das BVfG (E 9, 229) es verlangte und wie die RiStV [40] es befolgen, wenn sie beim Landgericht anklagt, also die besondere Bedeutung bejaht. Eine Gesetzesänderung ist deswegen nicht nötig. Geschadet hätte es nicht, im Rahmen von sowieso anstehenden Änderungsgesetzen, z.B. dem StPÄG, diese Pflicht der Staatsanwaltschaft gesetzlich festzulegen. Damit würde § 209 StPO auch in der Praxis das nötige Gewicht erhalten.

B. Andere Fälle beweglicher Zuständigkeit

I. Straferwartung der Staatsanwaltschaft als Unterscheidungsmerkmal: § 24 I Nr. 3 (2. Alt.), § 25 Nr. 2 c GVG

Das BVfG hat in einem obiter dictum in E 9, 223(229) diese Art der beweglichen Zuständigkeit bestätigt, allerdings auch hier ein Handlungsermessen der Staatsanwaltschaft verboten.
Für die Frage, ob der Gesetzgeber die Vorschriften hätte ändern sollen, gilt dasselbe, was oben zur Frage der besonderen Bedeutung gesagt wurde: Es dürfte nicht möglich sein, einen besseren Begriff zu finden. Und eine Entscheidung, ob die "besondere Bedeutung" oder die "Straferwartung" besser ist, ist genauso unmöglich. Deshalb ist dem Gesetzgeber auch hier kein Vorwurf für sein Nichthandeln zu machen.

II. Wahl zwischen Einzelrichter und Schöffengericht in § 25 Nr. 2 c GVG?

In einem diese Vorschrift betreffenden Beschluß [41] wiederholte das BVfG seine aus E 9, 223 bekannte Ansicht, daß der Staatsanwaltschaft keine echte Wahlbefugnis zustehen dürfe (S. 260). Es entschied folgerichtig (S. 261), daß die Staatsanwaltschaft in Fällen minderer Bedeutung zum Einzelrichter anklagen müsse, in anderen Fällen dagegen den Einzelrichter gar nicht anrufen dürfe.

---

39) Peters, Strafprozeß (2) S. 115 (Beispiel).
40) Nr. 92 III RiStV 1953 in der Fassung vom 1. 1. 1960 (= Nr. 108 III RiStV vom 1. 12. 1966).
41) E 22, 254 v. 19. 7. 1967.

Man mag wieder daran zweifeln, ob allein der in der Praxis nicht sehr deutliche Unterschied zwischen der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes und einem echten (Handlungs-) Ermessen über Verfassungsmäßigkeit und Verfassungswidrigkeit entscheiden soll [42]. Es besteht aber wie im Fall der besonderen Bedeutung für den Gesetzgeber kein Anlaß, die Vorschrift zu ändern. Der Begriff der minderen Bedeutung ist das genaue Spiegelbild des Begriffs der besonderen Bedeutung und damit genauso klar wie der oben als praktikabel und klar bezeichnete Begriff der besonderen Bedeutung.

III. Bewegliche Zuständigkeit bei politischen Straftaten: §§ 74 a II, 134 a I, II (auch § 120 I) GVG

Nach diesen Vorschriften hat der Generalbundesanwalt eine starke Stellung bei der Entscheidung der Frage, ob eine politische Strafsache beim BGH, OLG oder LG angeklagt wird. Gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung hätte das BVfG, das noch nicht direkt Stellung genommen hat, wohl keine Bedenken, und zwar aus denselben Gründen wie in E 9, 223. Sogar der Begriff der besonderen Bedeutung (§ 74 a II) (entsprechend: mindere Bedeutung, § 134 a I 2) ist derselbe wie in E 9, 223. Das in E 9, 223 ausgesprochene Verbot des Handlungsermessens kann auch auf die bewegliche Zuständigkeit bei politischen Straftaten übertragen werden. Im Ergebnis bejahen die meisten Stellungnahmen [43] zu §§ 74 a II und § 134 a GVG die Verfassungsmäßigkeit. Nur melden auch fast alle Kritik an und wünschen sich eine bessere Regelung. Ihnen allen ist die zu große Macht des Generalbundesanwalts suspekt, der letzten Endes allein entscheidet, wo eine Sache angeklagt wird, und der damit meist auch praktisch das erkennende Gericht bestimmt.

Auch diesmal ist den Kritikern zuzugeben, daß eine bessere Regelung denkbar ist. Dem Gesetzgeber ist jedoch kein Vorwurf zu machen, daß er sie nicht gesucht hat. Denn die hauptsächliche Kritik, die an der Alleinentscheidungsbefugnis des Generalbundesanwalts, ist nicht gerechtfertigt. Es ist gerade in Staatsschutzangelegenheiten wichtig, daß eine Sache nicht unnötig hochgespielt wird, aber auch, daß sie, wenn sie bedeutend ist, vor dem höheren Gericht be-

---

42) Peters, Strafprozeß (2. S. 115, nimmt Ermessen an, ebenso KMR-Müller § 25 GVG Anm. 3 a, KMR-Sax § 209 StPO Anm. 3, Löwe-Rosenberg § 25 GVG Anm. 1.

43) Wagner GA 1957, 161 (167 f.), Heinemann und Posser NJW 1959, 121 (126) (schwere Bedenken); Woesner NJW 1961, 533 (534). Eb. Schmidt (MDR 1958, 721, 725) und Bockelmann (GA 1957, 357, 362; NJW 1958, 889, 890) halten wie den § 24 auch die §§ 74 a II und 134 a GVG für verfassungswidrig, weil auch hier Besonderheiten des Einzelfalls maßgebend sind.

handelt wird. Dies wird am ehesten dadurch erreicht, daß nur eine - und überdies die vermutlich beste - Stelle bei der Staatsanwaltschaft die Entscheidung darüber trifft, ob eine Strafsache vor dem BGH oder vor einem weniger bedeutenden Gericht angeklagt wird. Die Entscheidungen können dann außerdem einheitlicher ergehen; dies ist eine für die Gleichbehandlung und somit das Gerechtigkeitsempfinden sehr wohltätige Folge.
Auch die Nr. 203 II der RiStV 1953, die die besondere Bedeutung bei politischen Straftaten umschrieb, war nicht so suspekt, wie mancher Kritiker [44] meinte. Der Verzicht auf Beispiele für die besondere Bedeutung in Nr. 218 II der neuen RiStV von 1966 (s. o. A II 2) mag angemessen sein. Eine materielle Änderung wird damit ebensowenig gebracht wie bei der Änderung der Nr. 92 (= Nr. 108 RiStV 1966). Mißbräuche einer zu großen Auslegungsfreiheit kann die gerichtliche Überprüfung gemäß § 134 a III GVG verhindern.

IV. Wahl der Staatsanwaltschaft zwischen Jugendgericht und Erwachsenengericht nach §§ 26, 74 b GVG

Bei diesen Bestimmungen hat die Staatsanwaltschaft nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes sogar Handlungsermessen, ob sie beim Jugend- oder Erwachsenengericht anklagen will. Auch durch verfassungskonforme Auslegung ist ein Ermessen hier nicht völlig zu beseitigen, weil kein für alle Fälle geeigneter Maßstab für die Wahl des Gerichts besteht. Die Richtlinie des § 26 II GVG regelt nicht alle Fälle [45].
Diese Einräumung eines Ermessens verstößt nicht gegen das GG. Der Unterschied zu E 9, 223 und 22, 254, wo das BVfG jegliches Handlungsermessen verbot, liegt darin, daß hier nicht verschiedenrangige Gerichte zur Wahl stehen, sondern gleichrangige: immer das jugendgerichtliche Pendant zum Erwachsenengericht. Es ist ziemlich sicher, daß das BVfG § 26 und § 74 b GVG als verfassungsgemäß bestätigen würde [46]. Wo weniger auf dem Spiel steht, genügen auch geringere Hilfssicherungen. Eine Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung ist nach § 209 II StPO seit dem StPÄG [35] auch hier möglich.
Auch dem Gesetzgeber ist eine Änderung nicht zu empfehlen. Eine Beseitigung des Ermessens und seine Ersetzung durch unbestimmte Rechtsbegriffe ändert im

---

44) Woesner NJW 1961, 533(534); Eb. Schmidt MDR 1958, 721(725); Bockelmann NJW 1958, 889(890); GA 1957, 357(362).

45) BGHSt 13, 297(299).

46) Auch der BGH (St 13, 297) bejaht die Verfassungsmäßigkeit des § 26 GVG, allerdings mit falscher Begründung: das BVfG habe in E 9, 223 Ermessen der Staatsanwaltschaft zugelassen.

Ergebnis wenig [47]. Angesichts der geringen Gefahren erschiene eine Korrektur des § 26 als perfektionistisch.

V. Wahlfreiheit der Staatsanwaltschaft bei der örtlichen Zuständigkeit

Auch bei der Auswahl unter mehreren örtlich zuständigen Gerichten hat die Staatsanwaltschaft Ermessensfreiheit (§§ 7 ff. StPO). Sie wird in der Regel beim Gericht des Tatorts anklagen (Nr. 1 II RiStV); sie kann sich aber auch anders entscheiden. Gegen diese Regelung hat noch niemand opponiert, wohl weil hier die Wahl nur zwischen absolut gleichartigen Gerichten möglich ist. Es soll auch an dieser Stelle kein Problem daraus gemacht werden und zugestanden werden, daß der Gesetzgeber zurecht kein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung gesehen hat - auch wenn eine Abhilfe unschwer möglich gewesen wäre, z.B. in Form einer Rangfolge der Gerichtsstände.

VI. Bewegliche Zuständigkeit bei § 354 II StPO

§ 354 II StPO erlaubt es dem Revisionsgericht, wenn es ein Urteil aufgehoben hat, unter mehreren Gerichten zu wählen, an welches es die Sache zurückverweisen will; das Revisionsgericht hat also Ermessen. Bettermann [48], der jedes Ermessen bei der Zuständigkeitsbestimmung für verfassungswidrig hält, und Sax [49] lehnen § 354 II wegen Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG ab. Das BVfG [50] löste die Frage, indem es sagte, die Wahlfreiheit des Revisionsgerichts in § 354 II sei gerade nötig, damit dieses Gericht seine Meinung durchsetzen könne; das sei seine legitime Aufgabe [51].
Angesichts dieser eindeutigen Entscheidung besteht keine Notwendigkeit für den Gesetzgeber, § 354 II in dieser Hinsicht zu korrigieren.
Der Gesetzgeber, der in den letzten Jahren § 354 II in anderer Hinsicht zweimal geändert hat [52], hat in der Frage der beweglichen Zuständigkeit das richtige

---

47) Insoweit sei auf die Angriffe gegen den Formalismus von BVfGE 9,223 verwiesen, s.o. Fn 24.

48) BNS S. 544 ff. (563, 569 f.).

49) KMR, Einl. 2 c, S. 27.

50) E 20,336 v. 25.10.1966.

51) Ähnlich Woesner NJW 1961,533(535).

52) VereinhG von 1950, vgl. insbes. die 2. Beratung: 79. Sitzung des 1. BT vom 26.7.1950, Sten.Ber. S. 2885.
StPÄG von 1964, insbes. 2. Beratung: 69. Sitzung des 4. BT vom 27.3.1963, Sten.Ber. S. 3141 ff.; 3. Beratung, 132. Sitzung des 4. BT vom 24.6.1964, Sten.Ber. S. 6469 ff.

Maß an Zurückhaltung bewiesen. Schwer war es freilich nicht, so zu entscheiden; die Richtigkeit dieser alten Regelung war zu augenfällig. Denen, die gegen § 354 II verfassungsrechtliche Bedenken haben, kann mit Schalscha [53] entgegengehalten werden, daß so das "Prinzip vom gesetzlichen Richter zu Tode geritten wird".

Diese Aufzählung anderer Fälle beweglicher Zuständigkeit erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Weitere Beispiele finden sich etwa im Fall der Verbindung und Trennung von Strafsachen (§§ 2-5 StPO) oder einer erfolgreichen Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Gerichtsbeschluß, der die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnte (§ 210 III StPO). Es wurden jedoch bewußt nur die stärker umstrittenen oder die Fälle ausgewählt, zu denen das BVfG Stellung genommen hat. -

Es ergab sich, daß weder bei § 24 I Nr. 2,3 GVG noch in den weiteren Fällen einer beweglichen Zuständigkeit dem Gesetzgeber der Vorwurf zu machen ist, er habe zu wenig geregelt und sich angesichts der E 9,223 des BVfG zu Unrecht beruhigt. Zwar gab die Tatsache der Bestätigung des § 24 GVG durch das BVfG als solche dem Gesetzgeber kein Recht, eine Änderung des § 24 GVG und der anderen Vorschriften, die eine bewegliche Zuständigkeit erlauben, zu unterlassen. Sein Schweigen aber war im allgemeinen aus anderen Gründen gerechtfertigt.

Fortsetzung der Fußnote 52) von Seite 25:
Daß § 354 II - auch die neue Fassung - unter einem außerhalb der beweglichen Zustandigkeit liegenden Aspekt als Fehlleistung des Gesetzgebers kritisiert wird (so von Eb. Schmidt Lehrkomm. II, Nachtr. 1967, § 354 Rn 24 ff.), interessiert hier nicht.

53) DRiZ 1960,16 (zwar in anderem Zusammenhang, aber allgemein gültig). Vgl. auch die glossierende Kritik von Seibert, JZ 1959,120, an Bettermanns Ansicht, die dieser auch in JZ 1959,17 vertrat.

§ 3
DIE MITTELBARE VERWERTUNG DES WISSENS VON V-LEUTEN IM STRAFPROZESS

Fälle folgender Art charakterisieren dieses Kapitel:
Ein nach Namen und Person nur der politischen Polizei bekannter, von ihr angeworbener Gewährsmann (sogenannter Vertrauens- oder Verbindungsmann, kurz V-Mann) berichtet einem Beamten der politischen Polizei, was er - getarnt als KPD-Mitglied - in der DDR über die Pläne der in der Bundesrepublik verbotenen KPD zur Führung des Wahlkampfes in der Bundesrepublik erfahren hat. Beim nächsten Wahlkampf fällt der politischen Polizei ein Mann auf, der genau in der Weise tätig wird, wie es der V-Mann vorausgesagt hat. Der Mann, auf den die Strafverfolgungsbehörden freilich auch aus anderen Gründen aufmerksam wurden, wird wegen Verstoßes gegen das KPD-Verbot (§ 90 a StGB) angeklagt und verurteilt.
Neben zahlreichen anderen Gesichtspunkten stützt das Gericht sein Urteil auch auf die Aussage des Polizeibeamten, der den V-Mann vernommen und dem Gericht über die Wahrnehmungen des V-Manns in der DDR berichtet hat. Das Gericht hat sich vergeblich bemüht, den V-Mann persönlich zu vernehmen. Der Verfassungsschutz hatte dem vor Gericht aussagenden Polizeibeamten die Nennung des Namens des V-Manns untersagt [1]; auf andere Weise ist das Gericht nicht an den V-Mann herangekommen. -

I. Die Entwicklung des Problems seit der Geltung des GG

1. Dieser Fall ist einem vom BGH entschiedenen Fall [2] nachgebildet. Der BGH mußte sich hier erstmals mit dem V-Leute-Problem auseinandersetzen. Die Frage der Behandlung anderer mittelbarer Zeugen, z.B. der normalen Zeugen vom Hörensagen, stellte sich dem BGH freilich nicht zum ersten Mal [3]. Der Unterschied liegt darin, daß in der V-Leute-Frage der mittelbare Zeuge

---

1) § 54 StPO in Verbindung mit dem Verbot einer Aussagegenehmigung auf Grund der Beamtengesetze: §§ 61, 62 BBG und die entsprechenden Vorschriften für die Länderbeamten, z.B. §§ 73, 74 BWLBG und § 39 BRRG. Die einschlägigen Bestimmungen der anderen Landesbeamtengesetze nennt Menzel DÖV 1965, 1(8, Anm. 14).

2) BGHSt 17, 382 v. 1.8.1962.

3) BGHSt 1, 373(375 f.); 6, 209(210); 9, 292(296); BGH NJW 1952, 153; BGH MDR 1954, 400 (5 StR 471/53 und 5 StR 290/52); die letztere Entscheidung kommt in der Begründung in die Nähe der politischen V-Männer-Fälle; schon damals ähnelte die Begründung der von BGHSt 17, 382 genannten.

künstlich gewonnen wird, und vor allem, daß der direkte Zeuge, der V-Mann, anonym bleibt. Das Gericht ist nicht nur bezüglich des Inhalts der Aussage des unmittelbaren Zeugen (des V-Manns) auf die Angaben des mittelbaren Zeugen angewiesen; auch alle Angaben über die Person des direkten Zeugen und seinen Leumund kann das Gericht nur über den mittelbaren Zeugen erhalten.
Auch in der Literatur waren seit der Geltung des GG bis kurz vor BGHSt 17,382 Äußerungen zur Frage der V-Leute spärlich [4] [5]. Seit der BGH-Entscheidung ist das Problem eines der am meisten diskutierten strafprozessualen Themen.

2. Der BGH erlaubte die Vernehmung der Verhörpersonen grundsätzlich. Sie verstoße nicht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit (§ 250 StPO). § 250 StPO gebiete bloß den Vorrang des Zeugenbeweises vor sonstigen Beweisen, nicht den des tatnäheren Zeugen vor dem tatferneren.
Ob auf Grund einer Vernehmung der Verhörperson eine Verurteilung ergehen darf, sei eine Frage der richterlichen Aufklärungspflicht, § 244 II, und der Beweiswürdigung, § 261 StPO. § 244 II: Das Gericht müsse sich mit aller Kraft darum bemühen, den V-Mann selbst zu vernehmen. Gelinge das nicht, vor allem wegen § 54 StPO und der einschlägigen Vorschriften in den Beamtengesetzen, [6] so dürfe es sich mit der Vernehmung der Verhörperson begnügen. § 261: Schon beim normalen Zeugen vom Hörensagen sei wegen der Verlängerung der Beweiskette Vorsicht geboten. Beim V-Mann komme hinzu, daß dessen Persönlichkeit und

---

4) Beginn der Welle von Stellungnahmen mit Evers, Privatsphäre S. 141 ff., 252 ff.; Ad. Arndt NJW 1961,897(902); Woesner NJW 1961,533(536). Vorher findet sich eine ausführlichere Stellungnahme insbes. bei Kohlhaas JR 1957,41(42).

5) Dem Thema entsprechend interessiert für Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur nur die Zeit seit der Geltung des GG. Umfassende Nachweise über die Rechtsprechung und die Stellungnahmen in der Literatur auch vor dem Zweiten Weltkrieg bringt die Dissertation von Stegmann (insbes. S. 26 f.).

6) s.o. Fn 1. Zur Frage der Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die Versagung der Genehmigung, die auch dem Gericht zusteht, vgl. Schwarz-Kleinknecht § 54 Anm. 4; Löwe-Rosenberg § 54 Anm. 4 c. Zur Klage auf Genehmigung vgl. OVG Münster MDR 1959,1041 und Menzel DÖV 1965,1 (8, insbes. Anm. 16 und 17). Zusammenfassend zur Frage der Unerreichbarkeit der V-Leute wegen des Aussageverbots nach § 54 StPO, auch zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über die Aussagegenehmigung vgl. Tiedemann JuS 1965,14(16).

Glaubwürdigkeit trotz Fragen an den Verhörbeamten, wozu das Gericht verpflichtet sei, weitgehend im Dunkel bleibe. Außerdem könne der Angeklagte sein Fragerecht aus §§ 240, 257 StPO gegenüber dem V-Mann nicht ausüben. Das Gericht müsse sich dieser engen Grenzen seiner freien Überzeugungsbildung bewußt sein. Einen Indizwert habe die Aussage der Verhörperson auf jeden Fall.

Die Vernehmung der Verhörperson verstoße des weiteren nicht gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Art. 103 I GG. Denn das Gericht verwende keine Beweisergebnisse, zu denen der Angeklagte sich nicht äußern konnte. An den V-Mann sei das Gericht ebensowenig herangekommen wie der Angeklagte. Deshalb habe das Gericht auch nicht gegen Art. 6 III d MRK verstoßen, der dem Angeklagten das Recht gibt, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen. Die V-Leute seien gar nicht als Beweismittel (Belastungszeugen) in den Prozeß eingeführt worden.
Auch die Grundsätze des Rechtsstaats seien beachtet. Es sei legitim, daß der Staat mit geheimen Mitteln arbeite, um eine Organisation zu bekämpfen, die die freiheitlich-demokratische Grundordnung angreife und mit anderen Mitteln nicht wirksam zu bekämpfen sei.

3. Die Ansichten in der Literatur waren geteilt [7].

a) Vor allem Eb. Schmidt begrüßte das Urteil des BGH: wenn das geschilderte Verfahren gegen Grundrechte verstieße, so wäre es an der Zeit, auf diese zu verzichten [8].

b) Mit ähnlich strikten Worten stellte sich Ad. Arndt auf die Gegenseite: der Zeuge, der seinen Namen nicht offenbare, sei ein bloßes Nichts [9], ein geheimes Beweismittel, durch das das rechtliche Gehör abgeschnitten werde [10], durch die angebliche Unentbehrlichkeit keineswegs zu rechtfertigen [11]. Daß nur die Verhörpersonen, nicht die V-Leute, Belastungszeugen seien, sei eine

---

7) Umfassende Nachweise finden sich z. B. bei Tiedemann MDR 1965, 870 Anm. 5 und 15. Vgl. auch Dahs jun., Das rechtliche Gehör S. 88: das Verfahren verletze grundsätzlich Art. 103 I GG, es könne aber ausnahmsweise, besonders in Staatsschutzsachen, zulässig sein (Prinzip der Güterabwägung). - Aus neuester Zeit: Stegmann, vor allem S. 36 ff., 110 ff.

8) JZ 1962, 761. Zurückhaltender im Lehrkomm. II, Nachtragsband 1967, § 250 Rn 3.

9) NJW 1961, 897(902).

10) NJW 1962, 25(27).

11) NJW 1961, 897(899).

formalistische Scheinlogik [12].
Peters änderte unter dem Eindruck der Praxis, die Fehlurteile begünstige, seine Ansicht, daß die StPO jeden mittelbaren Zeugen zulasse [13]. Er hält das Ergebnis, daß "der Angeklagte völlig im dunkeln tappt" [14], für untragbar und bezeichnet das Verfahren als einen unzulässigen Rollentausch: der Strafverfolgungsbeamte "als Zeuge anstelle des V-Manns und als Beurteiler der Glaubwürdigkeit anstelle des Richters" [15].

c) Auch in zustimmenden Äußerungen hörte man z. T. Bedenken.
Nicht selten wurde ein gesetzliches Verbot empfohlen.
Tiedemann [16] verwies im Jahr 1963 auf die italienische StPO, die in Art. 349 VI, 450 die V-Leute-Praxis verbietet [17], und er empfahl eine sich an die italienische Lösung anlehnende Regelung.
Evers [18] trat schon 1960 dafür ein, die Vernehmung der Verhörpersonen anonymer V-Leute zu verbieten. Sie sei zwar nach geltendem Recht zulässig, sollte aber in einem Rechtsstaat nicht praktiziert werden.

4. Die Verwirklichung solcher Vorschläge wurde jedoch in keinem mit der Gesetzgebung befaßten Organ in Angriff genommen, obwohl dies im Rahmen des gerade zur parlamentarischen Beratung anstehenden StPÄG [19] ohne gesetzestechnischen Mehraufwand möglich gewesen wäre.

---

12) NJW 1963,432(433).

13) Strafprozeß (1) S. 249.

14) Summum ius S. 198.

15. Strafprozeß (2) S. 254 f., auch 288; summum ius S. 197; Gutachten S. 108 u. 138 ff. (Im Regelfall sieht Peters in der Vernehmung eines mittelbaren Zeugen dann keinen Verstoß gegen § 250 StPO, wenn dieser Zeuge nur deshalb auftritt, weil der tatnähere Zeuge dem Gericht nicht bekannt ist: Strafprozeß S. 267).

16) MDR 1963,456(459, Anm. 44).

17) Art. 349 VI ital. StPO: Der Richter darf die Beamten der Gerichtspolizei nicht zwingen, die Namen der Personen anzugeben, die ihnen Auskünfte gegeben haben; er darf zur Vermeidung der Nichtigkeit von diesen Beamten keine Auskünfte entgegennehmen, die sie von Personen erhalten haben, deren Namen sie nicht angeben zu dürfen glauben.

18) Privatsphäre S. 254 f.

19) Erster RegEntw, BT-Drs III/2037 vom 17. 8. 1960; 1. Beratung im 3. BT vom 21. 10. 1960.
Zweiter, mit dem ersten inhaltsgleicher RegEntw, BT-Drs IV/178 v. 7. 2. 1962; Beratung im 4. BT von 1962-1964.
Das Gesetz trägt das Datum vom 19. 12. 1964.

5. Der Gesetzgeber konnte sich sogar noch in seiner Haltung bestätigt fühlen, als das BVfG die gegen BGHSt 17,382 eingelegte Verfassungsbeschwerde als offensichtlich unbegründet verwarf [20]. Das BVfG ließ offen, ob das V-Leute-Verfahren grundsätzlich mit Art. 103 I GG vereinbar ist oder nicht. Art. 103 I sei zumindest im konkreten Fall nicht verletzt, weil das Urteil des BGH nicht auf der mittelbaren Verwertung der Aussage des V-Manns beruhe; es wäre auch ohne diese Verwertung "höchstwahrscheinlich" nicht anders ausgefallen.
Mit diesem Beschluß verstieß das BVfG gegen seine langjährige Rechtsprechung, wonach Art. 103 I GG schon verletzt ist, wenn die Entscheidung auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs auch nur möglicherweise beruht [21]. Diese mögliche Kausalität bestand im vom BGH und BVfG entschiedenen Fall. Sie ist in solchen Fällen nie zu leugnen [22]. Das Gericht hätte sich also mit der Frage befassen müssen, ob die Einführung der Aussage des V-Manns in den Prozeß über die Verhörperson zulässig war.

6. Bald darauf wiederholte der BGH seine Ansicht, daß die mittelbare Verwertung der Aussage von V-Leuten zulässig sei [23]. Auch gegen dieses Urteil wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.

7. Die Kritik an der V-Leute-Praxis ging weiter.
a) Tiedemann [24] erklärte erneut eine Gesetzesänderung für notwendig. Sie sollte in eine generelle Verbesserung des Rechts auf Verteidigung im Sinn einer fairen Verteidigungsmöglichkeit eingebaut werden. Er berichtete [25], daß "in Kreisen der zuständigen Gesetzgebungsorgane gegenwärtig (1965) erwogen wird, den Beweis durch V-Leute durch eine besondere Bestimmung der StPO auszuschließen" und hielt solche Bestrebungen für "nicht unberechtigt".

---

20) Unveröffentlichter Beschluß vom 28.1.1964, Az. 2 BvR 638/62. In Auszügen mitgeteilt von Tiedemann MDR 1965,870(872).

21) Seit BVfGE 7,275(281) mit insoweit zustimmender Anm. von Peters, JZ 1958,435(436 a.E.); s.u. S. 107 (§ 10 Fn 16).

22) So auch Tiedemann MDR 1965,870(872).

23) BGHSt 20,164 v. 16.2.1965. (Das Problem, ob es schadet, daß der verhörende Beamte vor dem Gericht als Sachverständiger und nicht als Zeuge aussagt, interessiert hier nicht; vgl. dazu Tiedemann MDR 1965,870(871) und Peters, Gutachten S. 138 f.).

24) JuS 1965,14(18).

25) MDR 1965,870(871).

b) Die strafrechtliche Abteilung des 46. Deutschen Juristentags 1966 befaßte sich mit der V-Leute-Frage innerhalb ihres Themas "Beweisverbote" [26].

aa) Die Tagung wurde durch Gutachten [26] vorbereitet. Peters hielt die V-Leute-Praxis für de lege lata unzulässig [27]. Rupp [28] bestritt entschieden die Kompetenz der Gerichte zur Aufstellung von Beweisverboten; dazu sei allein der Gesetzgeber befugt. Jescheck lag in seinem Generalgutachten [29], das sich absichtlich [30] einer eigenen Stellungnahme enthielt, daran, die Diskussion auf die Frage zu lenken, ob der Gesetzgeber oder der Richter die Beweisverbote festlegen soll.

bb) Auf der Tagung selbst [31] plädierten Sarstedt und Klug in ihren Referaten gegen die V-Leute-Praxis [32]. Beide hielten die Praxis schon de lege lata für unzulässig. Sie forderten zur Klarstellung trotzdem ein Verbot durch den Gesetzgeber. Dabei betonte Sarstedt weit dringender als Klug die grundsätzliche Notwendigkeit, daß der Gesetzgeber die Beweisverbote festlegt (These I 1). In der Diskussion bejahte auch Jescheck [33] ein Primat des Gesetzgebers zur Festlegung der Beweisverbote.
Die strafrechtliche Abteilung faßte mit großer Mehrheit einen Beschluß, worin eine mittelbare Verwertung des Wissens von V-Leuten abgelehnt wurde [34]. In seinem Wortlaut blieb unentschieden, ob der Beschluß ausdrücken sollte, daß bereits das geltende Recht die mittelbare Verwertung des Wissens von V-Leuten verbietet oder ob erst eine Gesetzesänderung dieses Ergebnis bringen kann.

8. Bei der zweiten Beratung des Justizhaushalts für das Jahr 1967 forderte die Bundestagsabgeordnete Diemer-Nicolaus die Ausschließung oder Einschränkung

---

26) Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags, Bd. I, Teil 3 A u. B (Gutachten); Bd. II, Teil F (Sitzungsbericht).

27) Gutachten, S. 108, 138 ff.; zur Begründung s. o. S. 30 (I, 3, b).

28) Gutachten, S. 206 ff.; s. u. S. 36 f. (II, 3).

29) Jescheck, Gutachten S. 4-7.

30) Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags Bd. II, F 169 (Jescheck), F 171 (Dünnebier).

31) vom 27. - 30.9.1966. Vgl. die Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags, Bd. II, Teil F, und den Bericht über den Juristentag in NJW 1966, 2049 (2051 f.).

32) Referate: F 17 f. (Sarstedt) und F 57 f. (Klug); Thesen der Referenten: F 62 ff. (insbes. Thesen I, 1, 7, 8, II, 9 b).

33) Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags F 170 f.

34) Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags F 182 f. (Beschluß II 3). Vgl. auch den Bericht in NJW 1966, 2049(2051).

des mittelbaren V-Leute-Beweises, damit man zu einem fairen Verfahren gelange [35].

Auch Kleinknecht äußert seit der 27. Auflage (1967) des Schwarz-Kleinknecht [36] Bedenken, wobei offenbleibt, ob er eine Änderung der Rechtsprechung oder des Gesetzes befürwortet.

9. Bei dieser ausführlichen Diskussion war bis weit ins Jahr 1967 hinein unbemerkt geblieben, daß das BVfG mit einem nicht zur Veröffentlichung vorgesehenen Beschluß vom Mai 1966 [37] die Frage, soweit sie die Verfassungsmäßigkeit [38] betraf, längst zu den Akten gelegt hatte. Der Dreierausschuß hatte gemäß § 93 a III BVfGG die Verfassungsbeschwerde gegen BGHSt 20,164 nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie offensichtlich unbegründet sei. Diesmal stellte sich das Gericht der in der ersten V-Leute-Entscheidung noch offengelassenen Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 103 I GG vorliegt. Die Entscheidung entsprach genau der langjährigen Rechtsprechung des BVfG [39]: Art. 103 I verlange nur, daß das Gericht keine Tatsachen und Beweisergebnisse verwerte, zu denen der Beschuldigte nicht vorher habe Stellung nehmen können. Diese Forderung sei offensichtlich nicht verletzt worden.

Tiedemann [40] nahm erneut Stellung. Er empfahl auch in dieser Stellungnahme eine Gesetzesänderung, warnte aber ausdrücklich vor einer punktuellen Übernahme der Art. 349 u. 450 ital. StPO [17]. Er empfahl vielmehr eine generelle Verbesserung des Rechts auf Verteidigung im Sinne einer fairen Verteidigung.

II. Hätte der Gesetzgeber den anonymen V-Leute-Beweis einschränken müssen?

Nach der Kenntnis dieser Entscheidung kann man auf der Seite des BVfG von einem gewissen Abschluß sprechen. Das BVfG beschränkt in einem Schlußsatz die Bedeutung seiner Entscheidung zwar auf den konkret entschiedenen Fall, aber die sonstigen Sätze sprechen für eine allgemeine Geltung der Entscheidung, so daß man schwerlich eine Änderung der Rechtsprechung des BVfG erwarten kann. [41]

---

35) 112. Sitzung des 5. BT v. 8.6.1967, Sten.Ber. S. 5450.

36) § 250 Anm. 1 C.

37) Beschluß vom 26.5.1966, JZ 1967,570 (Sept. 1967).

38) Ob ein Verstoß gegen das einfache Recht, vor allem § 250 StPO, vorliegt, entschied das BVfG nicht; so schon E 1,418(429). Das BVfG untersucht auch nicht, ob gegen die MRK verstoßen wurde: E 10,271 (mit abl. Anm. von Guradze in NJW 1960,1243); so auch schon in dem Hinweis in E 4,110(111).

39) S.u. S. 106 Fn 15.

40) JZ 1967,570.

41) Tiedemann JZ 1967,570.

Angesichts dieser Tatsache ist der Zeitpunkt günstig zu fragen, wie das fast ausschließliche Schweigen der Gesetzgebungsorgane zur Frage der V-Leute seit 1960 zu bewerten ist und was für Schlüsse der Gesetzgeber aus der Entscheidung des BVfG ziehen kann und darf.

1. Eines mußte dem Gesetzgeber von vornherein klar sein: Er durfte nie mit einiger Aussicht auf Erfolg hoffen, daß die Gerichte den mittelbaren Beweis in der V-Leute-Frage für unzulässig erklären würden. Jedenfalls nach BGHSt 17, 382 war die Ansicht des BGH absolut klar, und es war genauso klar, daß Angriffe in der Literatur nichts ändern würden. Daß das BVfG die V-Leute-Praxis nicht verbieten würde, war, wie gesagt, angesichts seiner allgemeinen Rechtsprechung zu Art. 103 I GG auch zu erwarten.

2. Dieses von der Rechtsprechung erzielte Ergebnis ist zu billigen. Eine ausführliche Rechtfertigung der Rechtsprechung muß im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben [42].
Hier soll nur dargelegt werden, daß die Gerichte, selbst wenn sie eine Einschränkung der V-Leute-Praxis gern gesehen hätten, gar nicht anders entscheiden konnten, wenn sie sich nicht dem Vorwurf einer willkürlichen Rechtsprechung aussetzen wollten.

a) Die Einschränkung könnte nur in Form einer Zwischenlösung zwischen absolutem Verbot und freier Zulassung der mittelbaren Zeugen erfolgen. Denn es ist unbestritten, daß man im Strafprozeß nicht völlig auf mittelbare Zeugen verzichten kann, vor allem nicht im vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten deutschen Strafprozeß. Selbst das dem mittelbaren Zeugen so feindliche englische

---

42) Es sei verwiesen auf den Aufsatz von Tiedemann JuS 1965, 14; außerdem auf Stegmann, insbes. die Ausführungen,
a) daß § 244 II StPO nicht verletzt ist, S. 36 ff.,
b) daß § 250 StPO nicht verletzt ist, S. 61 ff.,
c) damit zusammenhängend, daß keine unzulässige Rollenverteilung vorliegt, S. 46 ff.,
d) daß man dem Staat nicht vorwerfen kann, er widerspreche sich, wenn er einerseits die Ausnahmegenehmigung verweigere, andererseits den Beweis auf Umwegen doch noch führen wolle, S. 54 ff.,
e) schließlich die Ausführungen zum Verfassungsrecht: Art. 103 I GG und Rechtsstaatsprinzip (S. 110 ff. u. 119 ff.), und zu Art. 6 MRK (S. 124 ff., 132, 137 ff.).
(Die rechtspolitischen Erwägungen Stegmanns können allerdings nicht gebilligt werden; dazu s. u. S. 38 (4 b).)

Recht kennt Ausnahmen. Die dortige Rechtslage besteht in einer nicht mehr allein mit sachlichen Argumenten zu erklärenden Kasuistik [43].

b) Darauf wären unsere Gerichte zwar nicht angewiesen.

aa) Die StPO bietet gegenwärtig freilich kein Kriterium, zwischen den zufälligen und den gestellten mittelbaren Zeugen zu unterscheiden [44]. Sie geht entsprechend dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip der materiellen Wahrheit von der grundsätzlichen Eignung eines jeden Beweismittels aus und verpflichtet (aus § 244 II) den Richter, es auch zu verwenden [45].

bb) Unsere Gerichte könnten versuchen, dem Strafprozeß übergeordnete Prinzipien heranzuziehen. Sie könnten darangehen, Art. 6 I MRK, der ein faires Gehör fordert, Art. 6 III c MRK, der die Gewährung einer ausreichenden Verteidigung fordert, und die Bestimmungen des GG über die Achtung der Würde des Menschen und die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze anders als die h. M. auszulegen. Gemäß dem Prinzip der materiellen Wahrheit und dem Untersuchungsgrundsatz würden dann die mittelbaren Zeugen grundsätzlich zugelassen, in Einzelfällen, in denen die Zulassung als unfair, als rechtsstaatswidrig, als Verstoß gegen die Würde des Menschen erschiene, dagegen nicht.

cc) Die Gerichte könnten in Anwendung dieser Merkmale keineswegs die V-Leute-Praxis in allen Fällen verbieten und sonst die mittelbaren Zeugen immer zulassen. Es ist gut denkbar, daß der mittelbare V-Leute-Beweis im Einzelfall nicht weniger rechtsstaatlich erscheint als ein mittelbarer Beweis mit einem "normalen" Zeugen vom Hörensagen [46]. Umgekehrt gibt es auch in anderen Einzelfällen rechtsstaatlich bedenkliche Beweismethoden, die die Gerichte dann ebenfalls unterbinden müßten [47].

dd) All die genannten Abgrenzungsmerkmale - Fairneß, Würde, Rechtsstaatlichkeit - sind von so allgemeiner Art, daß die Rechtsprechung keine sicheren Maßstäbe für eine sachgerechte Unterscheidung zwischen zulässigen und unzu-

---

43) Vgl. Romberg, S. 120 ff. (123); auch das von Tiedemann genannte Beispiel (JZ 1967,570). Vgl. auch die von Tiedemann angegebene englische Literatur zum Verbot des hearsay evidence und Gerhard Mueller, Gutachten, Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags Bd. I Teil 3 A, S. 33 ff.

44) Tiedemann JuS 1965,14(18).

45) Tiedemann MDR 1963,456.

46) Vgl. das von Tiedemann JuS 1965,14(19) genannte Beispiel.

47) Vgl. z.B. den "Tonbandfall" (BGHSt 14,358) und den "Tagebuchfall" (BGHSt 19,325; auch BVfGE 18,146).

lässigen mittelbaren Zeugen, ganz allgemein: zwischen zulässigen und unzulässigen Beweismitteln hätte. Aus diesen unmittelbar der Verfassung entnommenen Begriffen läßt sich eine Einschränkung der Zulässigkeit der mittelbaren Zeugen nicht systematisch und sachgerecht vornehmen. Das GG als eine Grundordnung [48] gibt keine Kriterien dafür her, wann ein Zeuge vom Hörensagen zulässig ist und wann nicht. Die Rechtsprechung liefe notwendig auf eine Kasuistik [49] hinaus. Diese würde zwar nicht zu solchen Folgen führen wie im anglo-amerikanischen Recht. Aber der Gefahr unsachgemäßer, sich widersprechender und damit objektiv willkürlicher Entscheidungen würden die Gerichte angesichts der wenig konkreten Maßstäbe in hohem Maß unterliegen. Hier gilt die Warnung von Hanack [50], man solle nicht versuchen, strafprozessuale Einzelfragen allein unter Bezug auf die allgemeinen Prinzipien des GG lösen zu wollen. Man unterliege hier zu leicht der Gefahr, "Ausprägungen und Strukturen der StPO zu negieren". Dieser Gefahr der Negierung unterlägen der strafprozessuale Untersuchungsgrundsatz und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wenn die Gerichte, sei es das BVfG oder seien es die ordentlichen Gerichte, den mittelbaren Zeugenbeweis allein aus den Prinzipien der Verfassung heraus teilweise für unzulässig erklären würden.

3. Diese Grundsätze bedürfen regelmäßig einer Konkretisierung in den einfachen Gesetzen. Erst dann können die Gerichte sachgemäß mit ihnen arbeiten. Belegt seien diese Sätze mit den Worten von Rupp [51]: Es gehe um die Frage, "ob der Gesetzgeber oder der Richter aufgerufen ist, den freiheitlichen Geist der Grundrechte .... Gestalt gewinnen zu lassen.... Das ist nach deutschem Verfassungsrecht und Verfassungsverständnis eindeutig eine dem Gesetzgeber vorbehaltene Aufgabe, hinsichtlich deren der Richter nur zur Rechtskontrolle berufen ist.... Rechtliche Kontrollmaßnahmen sind nicht in der Lage, die gesetzgeberische Entscheidung vorwegzunehmen, es sei denn, der Richter okkupiert das Gesetzgebungsrecht des Parlaments (S. 206).... Man verkennt.... die rechtlich präzisierbaren Konturen der Grundrechte...., wenn man glaubt, aus den Grundrechten lasse sich allein durch rechtsexegetische Interpretation das ganz System des gültigen Rechts herausdestillieren. Solche Versuche werden heute vielerorts gemacht mit der Folge, daß.... in die Grundrechte eine vorgefaßte Auffassung

---

48) BVfGE 2,124(130); von Peters, JZ 1958,435, gerade für Art. 103 I GG betont; Maunz-Sigloch u.a. Vorbem. Rn 16.

49) Die Gefahr einer Kasuistik fürchtet Jescheck, Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags Bd. II, F 170 f., der aus diesem Grund eine gesetzliche Regelung der Beweisverbote - nicht bloß der V-Leute-Frage - befürwortet.

50) JZ 1965,142.

51) Gutachten, S. 206 ff.

hinein-, sogleich wieder herausgelesen und als verfassungsrechtliches Postulat angeboten wird.... Man sollte sich davor hüten...., im Wege der juristischen Interpretation den Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers zu ersetzen (206/07)..... Der Richter sollte sich mit seiner Rechtsprechungsaufgabe bescheiden und sie nicht umkehren in ein 'sentimentales Verteilen von Milde und Härte nach ungesicherten Maßstäben' [52] (S. 210)."

Nur der Gesetzgeber ist also geeignet, die V-Leute-Praxis einzuschränken. Er ist nicht auf die vagen Begriffe angewiesen, die der Rechtsprechung zur Verfügung stehen, er ist nicht auf die Lösung von Einzelfällen angewiesen. Er kann vielmehr nach der abstrakten Mißbrauchsgefahr entscheiden und den Untersuchungsgrundsatz und den Grundsatz der freien Beweiswürdigung einschränken.

4. Zur Eignung des Gesetzgebers kommt ein Bedürfnis nach einer Einschränkung der künstlichen mittelbaren Zeugen hinzu.

a) Eine Beschränkung dieser Form des mittelbaren Beweises verlangen nicht nur diejenigen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung ablehnen [53]. Sogar ein großer Teil derer, die die V-Leute-Praxis de lege lata billigen, hält ihre uneingeschränkte Beibehaltung für unangemessen [54]. Die Gründe, die sie angeben, sind überzeugend:

Ruch der Heimtücke (Arndt),
keine faire Verteidigungsmöglichkeit (Tiedemann),
Eindruck, daß die Zeugen gestellt sind (Evers),
(zwar nicht rechtsstaatswidrig, aber) rechtsstaatsunwürdig (Evers),
Mißbrauchsgefahr: unnötiges Ausweichen auf den V-Mann-Beweis (Arndt),
mangelnde Eignung der Gerichte zur Beweiswürdigung in den V-Leute-Fällen (Arndt, Evers),
die zwielichtige Persönlichkeit der V-Leute: oft Kriminelle, Doppelagenten [55],
insgesamt: Gefahr von ungerechtfertigten Verurteilungen (insbesondere Peters).

---

52) Rupp zitiert hier Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln (1933) S. 75.

53) Insbes. Arndt und Peters (s. o. bei Fn 9-12, 14, 15); Meilicke NJW 1963, 425; Grünwald JZ 1966,489(494); vgl. auch die Referate und Beschlüsse auf dem 46. Dt. Juristentag, s. o. S. 32 (I 7 b).

54) Tiedemann, Evers, Diemer-Nicolaus, Kleinknecht (s. o. bei Fn 16, 18, 24, 25, 35, 36, 40).

55) Tiedemann JuS 1965,14(15); Evers S. 149 ff.; Schulz GA 1958,264; Kohlhaas JR 1957,41 u. 42.

b) Vor allem Stegmann [56] und Willms [57] meinen, man könne der Gefahr ungerechtfertigter Verurteilungen dadurch entgehen, daß man den Beweiswert der mittelbaren Zeugenaussage auf ein Minimum beschränkt, wie es der BGH in der von ihnen voll gebilligten [58] Entscheidung St 17,382 getan habe. Besser als ein Verbot der V-Leute-Praxis sei es, auf ein richtiges Verhalten der Gerichte zu vertrauen.
Wer dies fordert, der übersieht die praktischen Schwierigkeiten, die auch ein sorgfältig abwägendes Gericht an der richtigen Beurteilung der Aussage eines mittelbaren Zeugen hindern. Statt weiterer Argumente sei auf die von Posser [59] zitierte Vernehmung eines mittelbaren Zeugen (einer Verhörperson eines V-Manns) durch den Verteidiger hingewiesen. Auf jede zweite Frage des Verteidigers verweigerte der Kriminalbeamte die Antwort mit dem Hinweis auf seine beschränkte Aussagegenehmigung. Verteidiger wie Richter werden der Aufgabe, diese Aussage und die mitgeteilte Aussage des V-Manns richtig zu würdigen, ziemlich hilflos gegenüberstehen. Stegmann und Willms beachten nicht genügend, daß angesichts solcher praktischer Schwierigkeiten ihre Vorstellungen vom Idealverhalten der Gerichte schnell Schiffbruch erleiden würden. Somit besteht in der Praxis eben die Gefahr einer ungerechtfertigten Behandlung und einer daraus folgenden ungerechtfertigten Verurteilung des Beschuldigten.

c) Bei dem allgemein [60] anerkannten geringen Wert des mittelbaren V-Mann-Beweises dürfte es doch nicht schwerfallen, auf dieses Beweismittel zu verzichten, das so viele Gefahren in sich birgt und dazu beiträgt, das Mißtrauen gegen die mit den "unheimlichen, heimlichen Zeugen" [61] arbeitende politische Polizei zu nähren.
Wegen des geringen Beweiswerts der Aussage kann der Verzicht auf sie gar keine solch großen Nachteile für den Staatsschutz mit sich bringen, wie Stegmann [62] und Eb. Schmidt [63] meinen. Die V-Leute wären trotz des Verbots der künst-

---

56) S. 166 ff.
57) DRiZ 1964,234(235).
58) Stegmann S. 76 ff., 94 ff.; Willms DRiZ 1964,234(235).
59) Politische Strafjustiz S. 36 f.
60) Auch von den Befürwortern der V-Leute-Praxis: neben BGHSt 17,382 Stegmann Fn 56, Eb. Schmidt Lehrkomm. II Nachtrag 1967 § 250 Rn 3 a.E.
61) So die Überschrift eines Aufsatzes von Richard Schmid in der "Zeit" 1963 Nr. 7.
62) S. 169.
63) JZ 1962,761.

lichen mittelbaren Zeugen keineswegs überflüssig [64]. Sie und die politische Polizei unterlägen dann aber dem Zwang, sachliche Beweismittel oder unmittelbare Zeugen bringen zu müssen.
Im Ergebnis können die Bedenken der Gegner der V-Leute-Praxis also fast uneingeschränkt unterschrieben werden - mit dem Unterschied, daß der Gesetzgeber und nicht die Gerichte gegen diese Praxis einschreiten sollte.

5. a) Der Gesetzgeber hätte seit der Zeit, da die Frage neue Aktualität erhielt, also etwa seit 1962, dem Jahr der ersten Entscheidung des BGH (St 17,382), daran gehen müssen, die Frage zu lösen. Er wußte, daß die Gerichte die Praxis der mittelbaren Zeugen billigen würden.

aa) Er durfte nicht, wie in der Frage der beweglichen Zuständigkeit, abwarten. Dort stand man vor der Frage, ob man einen bestehenden Zustand ändern sollte durch einen neuen, von dem gar nicht sicher war, ob er besser sein würde. Hier geht es eindeutig darum, bestehende Praktiken durch rechtsstaatsgemäßere zu ersetzen.

bb) Keineswegs konnte man sich in den Gesetzgebungsorganen sagen, die Zeit für eine gesetzliche Regelung sei noch nicht reif. Das mag für die gesamte Frage der Beweisverbote richtig sein [65]. In der Frage der mittelbaren Zeugen und besonders der V-Leute wird die Entwicklung jedoch kaum mehr Neues bringen.

cc) So schwer dürfte die Fassung einer Neuregelung nicht sein, daß sie mehrere Jahre in Anspruch nehmen mußte und deshalb nicht mehr im StPÄG verabschiedet werden konnte. Es hätte genügt, die Vernehmung der Verhörpersonen von anonymen V-Leuten in Anlehnung an das italienische Recht zu verbieten [66] und damit das Gebiet zu regeln, auf dem die größte Mißbrauchsgefahr besteht.

Tiedemann [67] warnt zwar ausdrücklich vor dieser punktuellen Übernahme der Art. 349 und 450 ital. StPO. Es ist ihm fraglos zuzugeben, daß es besser wäre, die Neuregelung in eine allgemeine Verbesserung des Rechts auf Verteidigung einzuordnen. Wenn man aber z.B. sieht, wie lange es gedauert hat und welche Kämpfe geführt werden mußten, bis im StPÄG die vergleichsweise geringe Ver-

---

64) Ihre Notwendigkeit wird allgemein anerkannt, z.B. Tiedemann MDR 1963,456(459); sogar von Arndt NJW 1963,432(433).
65) Schmidt-Leichner, Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags Bd. II F 139 f.
66) Sarstedt, Referat 46. Dt. Juristentag Bd. II F 17 f.
67) JZ 1967,570(571); auch schon JuS 1965,14(18).

besserung der Verteidigerrechte in § 148 StPO Wirklichkeit wurde [68], dann muß man fürchten, daß das Verbot der V-Leute-Praxis in eine ferne Zukunft gerückt wird, wenn man es mit der gesetzlichen Ausgestaltung eines Rechts auf faire Verteidigung koppeln will.
Man sollte mit dem Verbot der V-Leute auch nicht warten, bis eine gesetzliche Regelung einer ganzen Gruppe von Beweisverboten möglich ist. Dieser Komplex ist in Gesetzgebung und Literatur noch höchst umstritten [69]. Wollte man, bevor man die V-Leute-Frage gesetzlich regelt, eine Klärung der Gesamtfrage der Beweisverbote abwarten, so hieße das, auf Jahrzehnte auf eine Regelung zu verzichten. Denn die gesamten Beweisverbote werden voraussichtlich nicht vor der großen Strafprozeßrechtsreform kodifiziert, und diese Reform liegt noch in weiter Ferne [70]. Die geringe Neigung des modernen Gesetzgebers, große Reformgesetze zu machen [71], ist eine Tatsache.

dd) Der Gesetzgeber darf auch nicht ein Handeln ablehnen mit dem Argument, das Problem sei zu unbedeutend für ein Tätigwerden des Gesetzgebers. Wenn so viele Stimmen wie hier nach einer Neuerung rufen, ist eine Frage nicht unbedeutend.

b) Der Gesetzgeber hat aber die Frage bei der Beratung des StPÄG nicht mehr behandelt. Dort hätte er sie ohne gesetzestechnischen Mehraufwand unterbringen können. Die oben S. 31 (I 7 a) und S. 32 (I 8) angeführten Reaktionen in den Gesetzgebungsorganen kamen zu spät. Sie waren und sind auch zu schwach, um die Aussichten auf eine rasche gesetzliche Regelung als reell erscheinen zu lassen

c) Möglicherweise hat der verfassungsrechtliche Streit um die V-Leute-Frage und seine Behandlung durch das BVfG das Schweigen des Gesetzgebers mitverursacht.

---

68) Bericht des BT-Rechtsausschusses zum RegEntw des StPÄG, BT-Drs IV/1020 S. 18 f. (zu § 148), zu Drs IV/1020 S. 3. 2. Beratung des StPÄG vom 27.3.1963, 69. Sitzung des 4. BT, S. 3114 ff.; 3. Beratung v. 24.6.1964, 132. Sitzung des 4. BT, S. 6447 f.

69) S. o. S. 10.

70) Erst bei der 3. Beratung des StPÄG am 24.6.1964 forderte der BT die Bundesregierung auf, eine Große Strafverfahrenskommission zu bilden, 132. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 6473 und 6478, Umdruck 229 (neu) Anlage 12 zur 132. Sitzung, Sten. Ber. S. 6506.

71) Bundesjustizminister Bucher in der 3. Beratung des StPÄG, 132. Sitzung des 4. BT vom 24.6.1964, Sten. Ber. S. 6477.

Seit die Verfassungsbeschwerden gegen die Entscheidungen des BGH [72] beim BVfG anhängig waren, also seit 1962, bestand die Möglichkeit, daß das BVfG ein Handeln des Gesetzgebers überflüssig machte, indem es die Verwertung des Wissens von geheimgehaltenen V-Leuten verbot.
Nachdem das BVfG die beiden Verfassungsbeschwerden 1964 und 1966 als offensichtlich unbegründet abgewiesen hatte, war die Versuchung groß, daß der Gesetzgeber sich angesichts der klaren Rechtsprechung beruhigte, daß der gegenwärtige Rechtszustand ja keineswegs verfassungswidrig ist - eine Tatsache, die ihm, wie gesagt, für sich allein genommen kein Recht zum Schweigen gab.

So mag die Form der Entscheidungen des BVfG - Beschlüsse im Verfahren nach § 93 a BVfG - mit zu dem Schweigen des Gesetzgebers beigetragen haben. Tiedemann [73] übt berechtigte Kritik an dem Mißbrauch des § 93 a BVfGG, zu dem das BVfG wegen seiner Überlastung neigt.

72) BGHSt 17,382 und 20,164.
73) JZ 1967,570.

§ 4
DIE ÜBERBESETZUNG VON SPRUCHKÖRPERN

Die Spruchkörper, denen mehrere Berufsrichter angehören, sind in allen Gerichtszweigen durch eine Besonderheit gekennzeichnet: Ihnen gehören mehr Berufsrichter an, als das Gesetz verlangt. Bis zum Jahr 1964 waren den Kammern und Senaten der Landgerichte, Oberlandesgerichte und des BGH statt 3 oder 5, wie es das GVG verlangt, z.T. doppelt so viele und ab und zu auch noch mehr Berufsrichter zugeteilt [1]. Seit 1964, veranlaßt durch die Entscheidung 17,294 des BVfG vom März 1964, ging das Maß der Überbesetzung zurück [2].

I. Der Stand der Meinungen und das Verhalten des Gesetzgebers vor den Entscheidungen des BVfG zur Frage der Überbesetzung

1. In der Zeit, bevor sich das BVfG zur Frage der Zulässigkeit der Überbesetzung äußerte, d.h. vor März 1964 [3], herrschte ein vielfächeriger Streit in Wissenschaft und Praxis darüber, ob das GG, insbesondere Art. 101 I 2, die Überbesetzung von Spruchkörpern erlaube oder verbiete.

a) Vor allem Vertreter der Justizverwaltung [4] waren der Ansicht, das GG sage zur Zulässigkeit der Überbesetzung gar nichts. Art. 101 I 2 GG meine mit dem "gesetzlichen Richter" nur den Spruchkörper, nicht den einzelnen Richter. Wie der Spruchkörper zusammengesetzt sei, sei für Art. 101 I 2 gleichgültig.

b) Der BGH begrenzte die Überbesetzung, indem er sagte [5], es verstoße gegen Art. 101 I 2 GG, wenn der Spruchkörpervorsitzende wegen des Maßes der Überbesetzung keinen richtungweisenden Einfluß mehr auf die Rechtsprechung seines Spruchkörpers ausüben könne. Diese Rechtsprechung erwies sich als höchst elastisch. Sie versuchte, dem Einzelfall gerecht zu werden. Die Rechtssicherheit kam bei ihr jedoch ins Hintertreffen. Der BGH nannte zwar schließlich eine Richtgröße von 75 % aller Fälle, an denen der Vorsitzende mitwirken müsse [6].

---

1) Siehe die unten Fn 12 genannten Beispiele.
2) Vgl. z.B. die Geschäftsverteilungspläne der oberen Bundesgerichte für 1967, Beilage zu NJW 1967, Heft 6.
3) Erste Entscheidung E 17,294 vom 24.3.1964.
4) Z.B. der bad.-württ. Justizminister und der Bundesjustizminister in Stellungnahmen zu Verfassungsbeschwerden, abgedruckt in BVfGE 17,294(297) und 18,65(68 f.); auch Bruns NJW 1964,1884(1886).
5) BGHZ 20,355(359) v. 12.5.1956; 28,338(340 f.) v. 12.11.1958; 37,210 (213)(GS) v. 19.6.1962.
6) BGHZ 37,210(216); BGHZ GS 49,64.

Er mußte aber um der Sachgerechtigkeit willen diese Größe nach dem Gewicht, nicht nach der Zahl der Fälle bestimmen. Erdsiek [7] bemerkt zutreffend, daß damit für die Rechtssicherheit nichts gewonnen wurde, weil erstens die Feststellung der Prozentzahlen nach dem Gewicht der Fälle unsicher ist und zweitens die Nachprüfung erst nach dem Schluß des Geschäftsjahres möglich ist. Damit wurden die Geschäftsverteilungsorgane vor nur schwer zu lösende Aufgaben gestellt und sie riskierten immer eine Aufhebung der Urteile wegen zu großer Überbesetzung.

c) Eine breite Mittelmeinung [8] ging dahin, Art. 101 I 2 GG lasse eine begrenzte Überbesetzung zu, weil praktische Notwendigkeiten dies erzwängen: z.B. Stellvertretung bei Urlaub, Krankheit, Befangenheit und sonstiger Verhinderung; zeitweiliger größerer Arbeitsanfall; Assessorenausbildung. Die Überbesetzung bringe auch Vorteile, auf die man nicht verzichten dürfe: größere Kontinuität der Rechtsprechung, wenn nicht Stellvertreter aus anderen Spruchkörpern herangezogen werden müßten; gleichmäßigere Aufteilung der Arbeit unter die Richter eines Gerichts.
Aus den für die Zulässigkeit der Überbesetzung sprechenden Gründen ergibt sich bei dieser Ansicht auch die Grenze. Eine Überbesetzung ist nur zulässig, soweit die genannten praktischen Notwendigkeiten sie fordern [9].

d) Eine Extremansicht [10] hielt jede Überbesetzung (mit ständigen Richtern) für verfassungswidrig, weil der gesetzliche Richter sich absolut fest aus generellen Normen ergeben müsse; der Spruchkörpervorsitzende dürfe nicht noch aus den Spruchkörpermitgliedern die Mitglieder des erkennenden Gerichts auswählen: sog. "Blindlingstheorie" [11]. Die Überbesetzung bestehe vorwiegend aus fiskalischen Gründen: wenn man die Überbesetzung vermindern oder abschaffen wollte, müßte

---

7) NJW 1963, 240(241 f.).

8) Kern, Der gesetzliche Richter S. 178, Gerichtsverfassung (3) S. 148, DRiZ 1959, 142; Schräder DRiZ 1959, 321; Schultz MDR 1960, 892(894); eine Kommission des Deutschen Richterbunds DRiZ 1960, 165 f.; Schalsche DRiZ 1960, 16. Vgl. auch die unten, Fn 32, genannten, zeitlich nach den Entscheidungen des BVfG liegenden Stimmen.

9) Kern, Gerichtsverfassung (3) S. 149, zog die Grenze der zulässigen Überbesetzung wie der BGH (s. o. Fn 5): der richtungweisende Einfluß des Vorsitzenden müsse erhalten bleiben.

10) Berger NJW 1955, 1138; Ad. Arndt DRiZ 1959, 171 f. Gegen jede Überbesetzung auch der hessische Richterverband, vgl. Bericht in DRiZ 1960, 93.

11) Zur Begriffsbildung vgl. Arndt, JZ 1956, 633, NJW 1964, 1667(1668) und Dinslage DRiZ 1965, 12(14), NJW 1965, 1221(1222).

man die Zahl der Spruchkörper und somit auch der Spruchkörpervorsitzenden (LG-Direktoren und Senatspräsidenten) erhöhen; die Justizverwaltungen wollten diese finanzielle Mehrbelastung vermeiden. Die Vertretung verhinderter Richter sei auch durch spruchkörperfremde Richter möglich.

2. Trotz dieser breiten Streuung der Meinungen zur verfassungsrechtlichen Lage - darüber, daß eine zu große Überbesetzung jedenfalls unerwünscht ist und daß die Praxis um das Jahr 1960 solche unerwünschten Auswüchse [12] zeigte, herrschte Einigkeit [13].
Es wurden sogar Vorschläge für eine gesetzliche Begrenzung der Überbesetzung gemacht:
Kern [14] befürwortete eine Begrenzung auf sechs Berufsrichter bei den mit drei Berufsrichtern tätigen Spruchkörpern [15], auf neun Berufsrichter bei den mit fünf Berufsrichtern tätigen Spruchkörpern [16].
Eine Kommission des Deutschen Richterbundes [17] wollte regelmäßig nur eine Überbesetzung von einem Berufsrichter erlauben.
In der zweiten Beratung der VwGO im Bundestag meinte die Mehrheit, eine Überbesetzung der Spruchkörper mit mehr als einem planmäßigen Richter sei auf jeden Fall zu vermeiden [18].

3. a) Das Plenum des Bundestags konnte sich aber nach Ablehnung eines weitergehenden Antrags [19], der ein Verbot jeder Überbesetzung mit ständigen Richtern anstrebte, nur zu einer Notlösung durchringen: Durch § 8 II VwGO wurde der Spruchkörpervorsitzende verpflichtet, vor Beginn des Geschäftsjahres die Grundsätze zu bestimmen, nach denen die Richter seines überbesetzten Spruchkörpers in den Verfahren mitwirken [18]. Gedacht war an eine Art "abstrakten Besetzungs- und Geschäftsplan" [20].

---

12) Beispiele: BGHZ 20,355 (zehn Mitglieder eines OLG-Senats); BVfGE 17,294 und 18,65 (LG-Kammern mit sieben Berufsrichtern). Statistik über das Maß der Überbesetzung in DRiZ 1960,93.
13) Vgl. die Äußerungen in der 2. Beratung der VwGO im BT, 85. Sitzung des 3. BT v. 23.10.1959, Sten.Ber. S. 4576 (Abg. Jahn und Weber).
14) DRiZ 1959,142(144).
15) Große Strafkammern (§ 76 II GVG), Zivilkammern (§ 75 GVG), OLG-Senate in der Rechtsmittelinstanz (§ 122 I GVG).
16) Erstinstanzliche OLG-Strafsenate (§ 122 II GVG), BGH (§ 139 GVG).
17) DRiZ 1960,165 f. und 370(371).
18) 85. Sitzung des 3. BT vom 23.10.1959, Sten.Ber. S. 4576 f.
19) Umdruck 404 Nr. 3, Anl. 9 zur 85. Sitzung des 3. BT, Sten.Ber. S. 4614.
20) Abg.Ad. Arndt in der 94. Sitzung des 3. BT am 11.12.1959, Sten.Ber. S. 5185.

Ein Antrag auf eine auch für Praktiker akzeptable Begrenzung der Überbesetzung wurde nicht gestellt.

b) Obwohl mittlerweile die Frage der Überbesetzung zu einem gerichtsverfassungsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Problem geworden war, sah der Regierungsentwurf zum StPÄG von 1960 [21], erneuert 1962 [22], keine Begrenzung der Überbesetzung vor. Auch in der Debatte um das StPÄG behandelte man die Frage nicht grundlegend. Es wurde lediglich vor der zweiten Beratung im Bundestag der Antrag gestellt, die Regelung des § 8 II VwGO über die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung durch den Vorsitzenden als § 69 II ins GVG zu übernehmen, was dann auch geschah.

c) Seit 1965 war eine Verfassungsbeschwerde wegen der Frage der Überbesetzung anhängig [23]. Die Landgerichtskammer, deren Urteile mit der Rüge eines Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG angegriffen wurden, hatte sechs berufsrichterliche Mitglieder. Obwohl der Gesetzgeber von dieser Verfassungsbeschwerde durch die Mitteilung des BVfG (§§ 94 IV, 77 BVfGG) bald wußte, schwieg er. Er setzte keine Höchstzahl der Überbesetzung fest, etwa ähnlich der Höchstzahl der Hilfsrichter in § 29 DRiG vom 8. 9. 1961 [24]

4. a) Hier wurde Entscheidendes versäumt. Man mußte sich klar darüber sein, daß die §§ 8 II VwGO und 69 II GVG nur Notbehelfe zur Milderung der ärgsten Bedenken sein konnten. Denn die Überbesetzung selbst wurde damit nicht beseitigt.
Es war ziemlich eindeutig vorauszusehen, daß das BVfG der Überbesetzung verfassungsrechtliche Grenzen setzen würde. Das ergab sich schon aus den Entscheidungen 6,45(51) und 9,223(226), in denen das BVfG verlangte, daß sich der gesetzliche Richter im Einzelfall "möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Norm ergibt".

b) In den Jahren vor den Entscheidungen des BVfG, also bis Anfang 1964, bestand eine echte Möglichkeit zur gesetzlichen Regulierung der Frage der Überbesetzung. Der Gesetzgeber hätte ohne verfassungsrechtliche Bedenken die Überbesetzung (zwar beibehalten, aber) vermindern können. Es war vorauszusehen, daß das BVfG die Überbesetzung nicht völlig verbieten würde; dazu waren die Tradition und die praktischen Bedürfnisse zu stark. Weiter ergab sich aus Äußerungen der Richter, daß eine Beschränkung der Überbesetzung auf vier oder allen-

21) BT-Drs. III/2037.
22) BT-Drs. IV/178.
23) Die Verfassungsbeschwerde führte zu BVfGE 17, 294 (s. u. II 1).
24) S. u. S. 80 f. (§ 7 II 2).

falls fünf Mitglieder bei den mit drei Berufsrichtern tätigen und auf etwa acht [25] bei den mit fünf Berufsrichtern tätigen Spruchkörpern den Arbeitsablauf nicht hemmen würde.

c) Es bestand auch eine Notwendigkeit, die Überbesetzung durch ein Gesetz einzuschränken. Denn der Gesetzgeber durfte nicht annehmen, daß das BVfG, das nur die verfassungsrechtlichen Fragen zu prüfen hat, eine umfassende, unmittelbar für die Praxis verwertbare Lösung entwickeln würde. Auch die ordentlichen Gerichte, vor allem der BGH mit seinem unsicheren Maßstab des richtungweisenden Einflusses, konnten die Rechtsunsicherheit nicht beseitigen. Das GVG gab ihnen keine klaren Richtlinien.
Weil der Gesetzgeber die Gerichte nicht für geeignet halten durfte, mußte er die Festlegung von praktikablen Höchstzahlen für seine Aufgabe halten. Er durfte die Frage nicht als unbedeutend beiseiteschieben. Das Problem war wichtig für alle Kollegialgerichte mit mehreren Berufsrichtern. Überdies hätte der Gesetzgeber nicht speziell wegen der Frage der Überbesetzung ein Gesetzgebungsverfahren durchführen müssen. In den entscheidenden Jahren 1960 bis 1964 (dem Jahr, in dem das BVfG die Lösung des Problems in die Hand nahm) hätte er die Neuerung in das StPÄG aufnehmen können, das in dieser Zeit beraten wurde. Das StPÄG wäre hierfür geeignet gewesen, soweit die Neuerung die ordentlichen Gerichte betraf. Denn die Begrenzung der Überbesetzung hätte sich fraglos "organisch in das Gesamtgefüge des geltenden Strafverfahrensrechts eingefügt" und wäre damit nicht über die dem StPÄG von der Bundesregierung gesetzten Grenzen [26] hinausgegangen.
Die Regelungslücke wurde umso deutlicher sichtbar, je wichtiger das Problem der Überbesetzung in Lehre und Praxis genommen wurde. Durch das ständige Pro und Kontra in bezug auf die Besetzungszahlen der Gerichte wurde die Rechtsunsicherheit noch vergrößert.
Vor dieser Situation stand das BVfG, als es in den Jahren 1963 bis 1965 zur Frage der Überbesetzung sprechen mußte.

---

25) Dagegen hätte wohl auch Geier (Senatspräsident am BGH) nichts mehr eingewandt, der eine Begrenzung der Senate der oberen Bundesgerichte auf 6 Richter für "praktisch undurchführbar" hielt, DRiZ 1960, 196. Bezeichnend ist, daß Berger (NJW 1955, 1138), ebenfalls ein Bundesrichter, eine praktische Notwendigkeit für die Überbesetzung verneint.

26) Begründung des RegEntw des StPÄG, BT-Drs IV/178, S. 15 f.

II. Die Entscheidungen des BVfG zur Zulässigkeit der Überbesetzung. Kritik am Schweigen des Gesetzgebers

1. Am 24.3.1964 entschied das BVfG [27] über die erwähnte Verfassungsbeschwerde aus dem Jahr 1963. Es erklärte die Besetzung von LG-Kammern mit sechs Berufsrichtern für verfassungswidrig. Art. 101 I 2 GG verlange, daß die Rechtspflege vor sachfremdem Einfluß auf die Bestimmung des Richters im Einzelfall geschützt werde, gleichgültig, ob dieser Einfluß vom Gesetzgeber, der Verwaltung oder der Rechtsprechung selbst stamme [28]. Deshalb müsse man als gesetzlichen Richter im Sinn von Art. 101 I 2 auch jeden zur Entscheidung im Einzelfall berufenen Richter ansehen, nicht bloß den Spruchkörper.
Der gesetzliche Richter müsse sich möglichst eindeutig aus allgemeinen Normen ergeben [29]. Diese grundsätzlich vorgeschriebene vollständig normative Vorherbestimmung sei infolge der Überbesetzung durchbrochen. Der normativen Festlegung des Spruchkörpers nach StPO, GVG und Geschäftsverteilungsplan folge noch die Auswahl der im Einzelfall erkennenden Richter durch den Vorsitzenden des Spruchkörpers. Die damit entstehende Unbestimmtheit des gesetzlichen Richters sei nicht generell verfassungswidrig. Unterschiede in der Zahl der Spruchkörper, der Richter, des Umfangs der Geschäftslast und der Leistungsfähigkeit der Richter, die Möglichkeit des Wegfalls eines Richters durch Krankheit, Verhinderung, Urlaub etc. und die Notwendigkeit, die Richter eines Gerichts gleichmäßig zu beschäftigen, machten es nötig, Spruchkörper überzubesetzen und Richter mehreren Spruchkörpern zuzuteilen (was auch eine Überbesetzung verursacht). Damit sei auch schon die Grenze festgelegt: nur die Überbesetzung, die aus den genannten Gründen "für eine geordnete Rechtsprechung unvermeidbar" sei, sei zulässig [30]. Jede andere Überbesetzung verstoße gegen Art. 101 I 2 GG, weil sie eine unnötige Unbestimmtheit hinsichtlich des gesetzlichen Richters lasse.

Eine für eine geordnete Rechtsprechung unvermeidbare Überbesetzung dürfe nie angenommen werden, wenn eine LG-Kammer so stark überbesetzt sei, daß sie in zwei personell voneinander verschiedenen Sitzgruppen Recht sprechen könne;

---

27) E 17,294. Eine weitere Entscheidung gleichen Inhalts erging am 2.6.1964: E 18,65.

28) S. 299, unter Berufung auf E 4,412(416 f.).

29) So schon in E 6,45(51) und 9,223(226).

30) Damit lehnt das BVfG die Ansicht (s. o. Fn 10) ab, die meint, jede Überbesetzung sei vermeidbar. Arndt, NJW 1964,1667(1668) wies zur Begründung dieser Ansicht noch auf Art. 87 III Österr. Verfassung hin, der jede Überbesetzung verbiete, wurde aber von Schilgen, NJW 1964,2290(2291), widerlegt.

d.h., einer LG-Kammer - Besetzung als erkennendes Gericht: drei Berufsrichter - dürfen nie sechs Berufsrichter zugeteilt werden (im folgenden als Verbot der Doppelbesetzung bezeichnet).
Ebenso sei eine Übersetzung vermeidbar, die es dem Vorsitzenden gestattet, drei personell voneinander verschiedene Beisitzergruppen zu bilden. Dieser Satz ist praktisch überflüssig, weil aus ihm nie schärfere Anforderungen an die Begrenzung der Übersetzung folgen. Danach wäre z.B. die Überbesetzung einer LG-Kammer erst ab sieben Richtern verboten (ein Vorsitzender plus 3 mal 2 Beisitzer), die Überbesetzung eines BGH-Senats erst ab dreizehn (ein Vorsitzender plus 3 mal 4 Beisitzer), nach dem Doppelbesetzungsverbot dagegen sind schon sechs bzw. zehn Richter unzulässig.
Von dem Verbot der Doppelbesetzung gibt es nach der Ansicht des BVfG keine Ausnahme. Ein Verstoß gegen das Verbot sei auch nicht dadurch heilbar, daß der Vorsitzende die erkennenden Richter im Einzelfall sachgerecht auswähle. Der Verstoß liege schon darin, daß überhaupt in vermeidbarer Weise Ermessen nötig geworden sei [31].
Nach BVfGE 17,294 und 18,65 wurde die oben, Fn 8, erwähnte Mittelmeinung endgültig die herrschende [32].

2. a) Trotz BVfGE 17,294 war eine vollständige Lösung der Frage der Überbesetzung noch immer nötig.
Eine Teilentscheidung hatte das BVfG zwar gebracht. Man durfte auch annehmen, daß das Doppelbesetzungsverbot für alle Spruchkörper mit mehreren Berufsrichtern galt [33]. Eine Lösung der Frage, ob die Besetzung mit einem Richter weniger zulässig sein sollte und ob differenziert werden sollte je nachdem, ob ein oder mehrere Richter einem Spruchkörper nur mit halber Arbeitskraft angehörten oder dem Spruchkörper Hilfsrichter zugeteilt waren, stand immer noch aus. Die Lösung mußte bald erfolgen, vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit.

---

31) BVfGE 18,65(69).

32) Dinslage DRiZ 1965,12 mit Vorbehalten und Befürchtungen, die er erst aufgab (NJW 1965,1221), nachdem das BVfG in E 18,344 seiner Ansicht ein Stück entgegengekommen war; Kern JZ 1965,58; Koebel NJW 1964, 1771; Schilgen NJW 1964,2290; Peters Strafprozeß (2) S. 127 f. Selbst Ad. Arndt stimmte zu (NJW 1964,1667), freilich, wie sich bald durch BVfGE 18,344 (mit einer ablehnenden Anmerkung von Ad. Arndt, NJW 1965,1219) herausstellte, in der irrigen Meinung, das BVfG sei auf seine Ansicht eingeschwenkt.

33) Die Geltung für OLG-Senate bestätigte das BVfG in E 19,145(146) v. 5.10.1965 ausdrücklich.

b) Die ordentlichen Gerichte konnten mit ihrem unsicheren Kriterium des richtungweisenden Einflusses auch diese Frage nicht lösen.
Am 9.3.1964 ging eine neue, die Überbesetzung betreffende Verfassungsbeschwerde beim BVfG ein [34]. Sie richtete sich gegen eine mit fünf Berufsrichtern besetzte große Strafkammer. Der Gesetzgeber, der, vom BVfG nach §§ 94 IV, 77 BVfGG benachrichtigt, bald von dieser Verfassungsbeschwerde wußte, durfte keineswegs die Entscheidung des BVfG abwarten und nach ihr sein Handeln richten. Er mußte davon ausgehen, daß das BVfG nicht versuchen würde, die Frage, ob die Besetzung einer Strafkammer mit vier oder fünf Berufsrichtern zulässig ist, aus Art. 101 I 2 GG abzulesen. Denn man konnte nicht erwarten, daß ein Gericht aus der so allgemein gehaltenen Bestimmung des Art. 101 I 2 eine Festzahl für die zulässige Überbesetzung herausdestillieren könnte und würde.

c) Somit bestand weiterhin ein Regelungsbedürfnis; und auch diesmal mußte der Gesetzgeber sich selbst für das zur Klärung der Frage aufgerufene Organ halten. Noch immer bot sich eine Lösung an, die sich an die oben (S. 44 bei Fn 14, 17, 18) genannten, durch BVfGE 17,294 teilweise modifizierten Vorschläge hätte anlehnen können.
Doch auch nach BVfGE 17,294 stellte niemand in den mit der Gesetzgebung befaßten Organen den Antrag auf eine gesetzliche Begrenzung der Überbesetzung im StPÄG. Dieses Gesetz wurde wenig später, am 24.6.1964, im Bundestag zum dritten Mal beraten und noch im Dezember 1964 im Bundestag nach Durchlaufen des Vermittlungsausschusses verabschiedet. Umstritten war lediglich, ob man § 69 II (s.o. I 3 b) beibehalten solle, was der Bundestag schließlich gegen den Bundesrat durchsetzte [35].

3. Am 3.2.1965 entschied das BVfG in dem Verfahren auf die Verfassungsbeschwerde vom 9.3.1964, daß eine Überbesetzung (sofern sie geringer ist als die Doppelbesetzung) immer zulässig ist, wenn sie für eine geordnete Rechtsprechung unvermeidbar ist [36]. Ob die Überbesetzung unvermeidbar ist, habe, wegen seiner Sachkunde, das Gerichtspräsidium zu entscheiden. Das BVfG prüfe diese Entscheidung nur auf Fehler in der Auslegung des Begriffs der Unvermeidbarkeit und auf Willkür nach. Wenn das Präsidium eine Überbesetzung für unvermeidbar halte, dann sei die Überbesetzung einer Kammer mit "einem oder allenfalls zwei Mitgliedern" (S. 350) über die gesetzliche Mitgliederzahl hinaus grundsätzlich unbedenklich.

---

34) Die Verfassungsbeschwerde führte zu BVfGE 18,344 (v. 3.2.1965).
35) 147. Sitzung des 4. BT vom 13.11.1964, Sten.Ber. S. 7241 f.; s.u. S. 99 f. (§ 9 IV 3).
36) E 18,344.

Daraus konnte man ablesen, daß das BVfG eine Überbesetzung, die sich um einen Richter unterhalb der Doppelbesetzung hält, nie für verfassungswidrig erklären wird, wenn nicht Gründe für eine Manipulation in die Augen springen.

Angesichts der allgemeinen Formulierungen in E 17,294 und 18,344 ist es ziemlich eindeutig, daß diese vom BVfG für LG-Kammern ausgesprochenen Grundsätze auch für die anderen Spruchkörper gelten [37].
Das praktische Ergebnis der Entscheidungen des BVfG ist, schlagwortartig zusammengefaßt: Eine Doppelbesetzung ist immer verfassungswidrig, die Besetzung mit einem Richter weniger nie. In Zahlen: Sechs Richter in einem "Drei-Mann-Spruchkörper" sind nie erlaubt, fünf immer; zehn Richter in einem "Fünf-Mann-Spruchkörper" sind nie erlaubt, neun immer.

4. a) Diese kaum von Ausnahmen durchbrochene Aufstellung von Festzahlen macht es unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Überbesetzung noch etwas regelt. Denn die Nennung von Festzahlen garantiert eine praktikable Anwendung der Überbesetzungsregeln und beseitigt die vorher noch existente Rechtsunsicherheit. Der Gesetzgeber könnte zwar noch etwas regeln, z. B. die Überbesetzung für die Fälle weiter beschränken, in denen nur festangestellte Richter auf Lebenszeit, und alle mit voller Arbeitskraft, einem überbesetzten Spruchkörper angehören. Aber diese Regelung beträfe nur noch Einzelheiten. Die Hauptfrage ist gelöst; ein Handeln des Gesetzgebers ist nicht mehr erforderlich.

b) Angesichts des dürren Textes von Art. 101 I 2 GG überrascht das Ergebnis der Festzahlen [38]. Dieses Ergebnis und die Tatsache, daß infolge der Entscheidungen des BVfG ein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung der Frage der Überbesetzung entfallen ist, legt die Vermutung nahe, daß das BVfG in den Bereich des Gesetzgebers eingedrungen ist. Der Ausgangspunkt ist noch ein materieller: Überbesetzung nur, wenn sie für eine geordnete Rechtsprechung unvermeidbar ist. Im Ergebnis - mit der Aufstellung von Festzahlen - geht das BVfG in den Bereich des Formelhaften über.

aa) Der Satz, daß eine Doppelbesetzung nie unvermeidbar ist, könnte zwar empirisch belegt werden. Das versucht das BVfG aber gar nicht erst, wohl weil es einer Meinungsumfrage und Statistik entgehen will. Es läßt die Doppelbeset-

37) S. o. Fn 33.

38) Daß das BVfG (E 17,294) "zu weit gegangen ist", meint auch Bruns, NJW 1964,1884(1887/88): "Keine Sache für den Verfassungsrichter". Bruns' Ansicht, daß gesetzlicher Richter nur der Spruchkörper sei, ist allerdings abzulehnen.

zung (und die Besetzung mit einer drei verschiedene Beisitzergruppen erlaubenden Richterzahl) nicht zu, weil dann personell zu verschieden zusammengesetzte Spruchkörper möglich wären, sozusagen "Spruchkörper innerhalb des Spruchkörpers". Eine solche Möglichkeit wird sich in der Praxis jedoch nicht oft verwirklichen [39]. Die vom BVfG in den Mittelpunkt gestellte Möglichkeit der Bildung von personell verschiedenen Untergruppen innerhalb der Spruchkörper brachte, wenn sie realisiert würde, nur Gefahren für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in einem Spruchkörper [40]. Ein Kriterium dafür, ob die Überbesetzung für eine geordnete Rechtsprechung unvermeidlich ist, ergibt sich aus der Möglichkeit der Doppelbesetzung und der Besetzung mit dreierlei Beisitzergruppen jedoch nicht.

Somit erscheint die vom BVfG genannte Höchstzahl als sehr formalistisch. Es scheint, als ob es dem BVfG in der Hauptsache um die endgültige Beseitigung der lange anhaltenden Rechtsunsicherheit gegangen wäre.

bb) Ähnlich steht es mit der grundsätzlichen Erlaubnis einer um einen Richter unter der Doppelbesetzung bleibenden Überbesetzung. Auch hier hätte es genügt, wenn das BVfG gesagt hätte, daß das Gerichtspräsidium die Unvermeidbarkeit feststellt. Wenn das BVfG hinzufügt, daß in der Regel eine Besetzung mit einem Richter weniger als der Doppelbesetzung zulässig ist, so zeigt sich darin wieder das Bestreben des BVfG, die Streitfrage endgültig zu lösen, und zwar praktikabel - ein Bestreben, das angesichts des Zögerns des Gesetzgebers nicht unverständlich ist.
Aus seinem Ziel, klare Grenzen zu ziehen, ist es auch zu erklären, daß das BVfG sich kaum mit der Rechtsprechung des BGH befaßte, der sich in einen Streit einließ, in wieviel Prozent der anstehenden Fälle der Spruchkörpervorsitzende die Vorsitzendentätigkeit ausüben muß [6]. Das mag für das einfache Recht richtig sein [41], für das BVfG darf es kein Kriterium sein.
Auf seiner Suche nach einer praktikablen Lösung ist das BVfG über das hinausgegangen, was es aus Art. 101 I 2 GG herausarbeiten konnte. Es hat mit seiner kaum von Ausnahmen durchbrochenen Aufstellung von Festzahlen mit Mitteln gearbeitet, die nur dem Gesetzgeber zugestanden hätten.

---

39) Koebel NJW 1964, 1771(1772).

40) Damit rückt das BVfG in die Nähe der von ihm (E 18, 352) ausdrücklich abgelehnten ständigen Rechtsprechung des BGH, der mit der Betonung des richtungweisenden Einflusses ebenfalls die Einheitlichkeit der Rechtsprechung anspricht (s. o. Fn 5).

41) So auch Arndt NJW 1965, 1219 in einer Anmerkung zu BVfG E 18, 344. Arndt nimmt allerdings - m. E. zu Unrecht - an, das BVfG habe die Ansicht des BGH über den Zusammenhang zwischen dem richtungweisenden Einfluß des Vorsitzenden und Art. 101 I 2 GG akzeptiert. Das Gegenteil ergibt sich eindeutig aus E 18, 344(352).

5. Der Vorwurf, in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers eingegriffen zu haben, trifft das BVfG aber aus zwei Gründen nur schwach.

a) Erstens standen nur wenige Möglichkeiten zur Wahl, nämlich die Grenze der Überbesetzung bei vier, fünf oder sechs Richtern bei den Drei-Mann-Spruchkörpern und bei sechs, sieben, acht oder neun Richtern bei den Fünf-Mann-Spruchkörpern zu ziehen. Im Ergebnis wurde somit nicht viel anderes geregelt, als der Gesetzgeber hätte regeln können.

b) Zweitens hat der Gesetzgeber mit seinem Zögern ein solches Verhalten des BVfG geradezu hervorgerufen. Die Hauptverantwortung für diese Entwicklung trägt also der Gesetzgeber. Er hätte früher handeln müssen, solange es noch Raum dafür gab und eine echte Notwendigkeit bestand. [42] -
Die Gefahr eines solchen Abwartens des Gesetzgebers liegt weniger im Einzelfall als darin, daß Rechtsprechung und Verwaltung in Zukunft in breitem Rahmen über ihre Kompetenzbereiche hinaus in den Bereich des Gesetzgebers eindringen könnten, wenn die Regelungsmüdigkeit des Gesetzgebers nicht bloß ein Einzelfall bleibt.

---

42) Daß das BVfG weit weniger mit dürren Festzahlen arbeitet, wenn der Gesetzgeber schon eine Regelung getroffen hat, zeigt die Entscheidung über die Zulässigkeit von Hilfsrichtern: E 14, 156 (s. u. S. 81 f., 83 f. (§ 7 III, IV 4)).

§ 5
DER AUSSCHLUSS DES VERTEIDIGERS

Nach dem Wortlaut des § 138 I StPO dürfen die an einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwälte und die Rechtslehrer der deutschen Hochschulen ohne jede Einschränkung zu Verteidigern gewählt werden und für die Dauer des Strafverfahrens auch im Amt bleiben.
Es geht im folgenden um die Frage, ob es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt, konkret, ob, wann und wie solchen "geborenen Verteidigern" [1] trotz ihrer generellen Verteidigungsbefugnis dieses Recht mit Wirkung für einen konkreten Einzelfall entzogen werden darf. Zu denken ist dabei an den Fall, daß durch bestimmte Umstände in der Person des Verteidigers oder durch bestimmte Handlungen des Verteidigers eine Konfliktslage zwischen diesen Umständen oder Handlungen und seinen Verteidigerpflichten entstanden ist [2] [3].

A. Die Ansichten zur Zulässigkeit des Verteidigerausschlusses

Seit der Schaffung der Reichsjustizgesetze von 1877 gab es, abgesehen von dem Fragment des § 146 I StPO, noch nie eine gesetzliche Vorschrift über den Ausschluß des Verteidigers. Trotzdem wurde er von Anfang an fast allgemein für zulässig erklärt, wenn auch in wechselndem Umfang und mit verschiedenen Begründungen.

I. 1. In der Rechtsprechung gibt es drei Hauptgruppen, in denen die Entziehung zugelassen wurde.

---

1) Der Frage des Ausschlusses von Verteidigern im Sinn des § 138 II StPO soll, weil sie unbedeutend ist, nicht nachgegangen werden; vgl. dazu Anschütz S. 44 f. und BayObLG NJW 1953, 755.

2) Die fast allgemein verneinte Frage, ob der Vorsitzende oder das Gericht einen amtierenden Verteidiger nach § 176 GVG aus dem Gerichtssaal verweisen darf, interessiert in diesem Zusammenhang nicht; vgl. dazu Anschütz S. 41 ff. (Stichwort: Entfernungsbefugnis) und Eb. Schmidt Lehrkomm. II Rn 10 vor § 137 (ebenso im Nachtragsband 1967), je mit weiteren Nachweisen.

3) Nach der Nomenklatur von Anschütz, S. 7 und 43, müßte dieses Kapitel mit dem Begriff "Entziehung der Verteidigungsbefugnis" überschrieben werden. Anschütz verwendet den Begriff "Verteidigerausschluß" als Oberbegriff, den er in die "Entziehung der Verteidigungsbefugnis" und die "Entfernungsbefugnis" gliedert. Die sonstigen Autoren und die Gerichte verwenden die Begriffe "Verteidigerausschluß" und "Entziehung der Verteidigungsbefugnis" synonym.

Ausgeschlossen werden kann demnach:

a) ein Verteidiger, der als Zeuge geladen ist oder vernommen wurde [4]. In den Einzelheiten gehen die Entscheidungen erheblich auseinander.

b) ein Verteidiger, der an der Tat des Beschuldigten, seines Mandanten, als Mittäter, Gehilfe, Anstifter oder Begünstiger beteiligt war [5].

c) ein Verteidiger, der durch seine Verteidigertätigkeit den Beschuldigten in strafbarer Weise begünstigt [6].

d) Weitere Ausschlußgründe finden sich vereinzelt:
in einer Entscheidung des KG von 1932 [7]: Ausschluß wegen Verfahrenssabotage;

in einer Entscheidung des RG von 1902 [8]: Ausschluß auf Grund von § 146 I StPO (Interessenwiderstreit bei Verteidigung mehrerer Angeklagter);

in der schon genannten Entscheidung des OLG Oldenburg [6]: Ausschluß wegen Verdachts des Parteiverrats.

2. Die Gerichte bildeten verständlicherweise kein System der Ausschlußgründe. Aber aus den Begründungen läßt sich doch eine gemeinsame Basis der Entscheidungen ersehen.

a) Der Verteidiger muß die Interessen des Beschuldigten wahrnehmen; wenn er diese Pflicht nicht mehr erfüllen kann oder will, darf er nicht mehr verteidigen - der Verteidiger als Beistand.

b) Der Verteidiger ist von der StPO als Organ der Rechtspflege vorgesehen. An die Integrität und Objektivität dieses Organs sind hohe Anforderungen zu stellen. Wenn der Verteidiger diese Anforderungen nicht erfüllt, darf er nicht länger verteidigen - der Verteidiger als Rechtspflegeorgan.
Die Gerichte räumen ein, daß diese Grundsätze nicht direkt im Gesetz stehen;

---

4) RG GA Bd. 39 (1891), 312 (Entscheidung von 1891); RGSt 24, 104 und 296 (von 1893); OLG Dresden, Alsberg I, 332 (von 1902); RG DJZ 1907, 240 (von 1906); RG GA 62(1916), 154 (von 1914); RGSt 54, 175 (von 1919); RGSt 55, 219 (von 1921); RG DRiZ 1928, 471 l. Sp. (von 1928); BGH NJW 1953, 1600 (von 1953).

5) RG JW 1926, 2756 (von 1926); RG DRiZ 1928, 471 r. Sp. (von 1928).

6) OLG Celle NJW 1950, 716 = HESt 3, 23 (von 1949); OLG Oldenburg GA 1956, 189 (von 1955).

7) KG JW 1933, 484. Zum Sachverhalt vergleiche Loewenstein, DJZ 1932, 1409.

8) RGSt 35, 189.

sie ergäben sich aber aus dem Sinn des Gesetzes im Zusammenhang mit der Würdigung der Aufgabe des Verteidigers [9]. Für die Zeugenfälle: das Ausschlußrecht ergebe sich "aus der gesamten Ordnung des Verfahrens" und: "Die prozessuale Unverträglichkeit der beiden Funktionen springt auf jeder Seite der StPO in die Augen" [10]. Daß gerade das erkennende Strafgericht ausschließen dürfe, ergebe sich daraus, daß das Gericht von Amts wegen für die richtige Besetzung des Verteidigerpostens zu sorgen habe [11].

II. In der Literatur war man ein wenig mehr um Systembildung bemüht.

1. a) Ein Pionier auf diesem Gebiet war Gallas [12]. Er bildete zwei Gruppen:
Ein Ausschluß wegen an die Person des Verteidigers geknüpfter Umstände sei zulassig; die Tatbestände müßten allerdings klar und eng gefaßt sein (Zeugenschaft, Verdacht der Beteiligung).
Ein Ausschluß wegen der Art und Weise der Verteidigungsführung sei unzulässig, weil die Tatbestände dieser Gruppe (Begünstigung, unbotmäßiges Benehmen) nicht objektivierbar und somit kaum nachprüfbar seien.

b) Eb. Schmidt [13] geht vom Gallas'schen System aus, entnimmt aber auch der zweiten Gruppe Ausschlußtatbestände.

c) Lukanow [14] betont besonders die Stellung des Verteidigers als Beistand, als "gesetzlich berufener Parteihelfer"; nur als solcher sei der Verteidiger Rechtspflegeorgan. Lukanow sieht sich deshalb aber nicht gehindert, einen ziemlich umfangreichen Katalog von Ausschlußgründen zu entwickeln (S. 109 f.).

d) Nach Ostler [15] darf nur der, der keinen Beistand leisten kann oder will, nicht Verteidiger sein. Die Stellung des Verteidigers als Rechtspflegeorgan dürfe nicht zu Ausschlußgründen führen (Begünstigungsverdacht, Verfahrenssabotage).

---

9) Z. B. RGSt 24, 296 (297).
10) RGSt 24, 104 (106, 107).
11) RG DRiZ 1928, 471 (r. Sp.); RGSt 35, 189 (191).
12) ZStW 53 (1934), 256 ff.
13) Lehrkomm. II, vor § 137 Rn 11-13. In NJW 1963, 1753 (1754) und im Nachtragsband 1967 (vor § 137 Rn 8, 9, 11-13) berücksichtigt Eb. Schmidt - weil der Verteidiger i. d. R. Rechtsanwalt ist - weit stärker das Anwaltsrecht (Unabhängigkeit des Rechtsanwalts) und - in Anlehnung an das BVfG - auch Art. 12 (s. u. Fn 79).
14) S. 22 ff. (28 f.).
15) JR 1960, 170 (insbes. 172 f.).

e) Peters suchte die Ausschlußgründe zunächst [16] in Anlehnung an die Ausschluß- und Ablehnungsgründe für Richter, §§ 22 ff. StPO. Jetzt [17] bildet er drei Gruppen: Rollenkollision (z.B. Zeuge, Sachverständiger); fehlende Unabhängigkeit (Teilnahmeverdacht); Verdacht des Mißbrauchs der Verteidigerstellung zu verteidigungsfremden Zwecken, unfaire Verteidigungsführung.

f) Das System der Ausschlußgründe, das Dahs [18] und Anschütz [19] aufgebaut haben und für das auch Sax [20] eintritt, basiert auf einem dreiteiligen Begriff des Verteidigers.
Der Verteidiger sei zunächst Beistand, zweitens Organ der Rechtspflege (der Verteidiger darf sich nicht zum Hindernis der Wahrheitsermittlung machen); damit diese zweite Komponente nicht überbetont werde und zu einer Verzerrung der Aufgabe des Verteidigers als eines Gerichtsgehilfen führe, müsse man als drittes Merkmal die Unabhängigkeit des Verteidigers betonen.
Dem Verteidiger dürfe die Verteidigungsbefugnis vom Gericht entzogen werden, wenn er eine dieser Pflichten nicht erfülle.
Im Ergebnis kommen fast alle Autoren zu den in der Rechtsprechung gefundenen Ausschlußgründen, freilich nur im Grundsatz, nicht in den Einzelheiten. Am auffälligsten sind die Unterschiede, wie schon innerhalb der Rechtsprechung, bei den "Zeugenfällen" [21].

2. Als Rechtsgrundlage für den Verteidigerausschluß findet man in der Literatur, sofern überhaupt Äußerungen vorliegen, das Argument, die Ausschlußgründe ergäben sich in erweiternder Auslegung und Gesetzes- und Rechtsanalogie zur StPO (vor allem dem in § 146 enthaltenen Rechtsgedanken) [22] und den Vorschriften der BRAO über die Pflichten des Rechtsanwalts: §§ 1, 3, 45 Nr. 2, 46 [23].

---

16) Strafprozeß (1) S. 174.
17) Strafprozeß (2) S. 189 f., 289 f.
18) NJW 1959, 1158 (1161 f.).
19) Seite 48 ff. (vor allem 59 f.).
20) KMR Einl. 3 III a und c.
21) Vgl. die Extremansichten von Anschütz S. 66 einerseits und Ostler JR 1960, 170 (172) andererseits.
22) Anschütz S. 47 ff. (51); Oster JR 1960, 170 (171); Eb. Schmidt NJW 1963, 1753 (1754); Schwarz-Kleinknecht, vor § 137 Anm. 2 vor A; so auch RGSt 24, 104 (106 f.) (s.o. Fn 10).
23) Eb. Schmidt NJW 1963, 1753 (1754); deutlicher im Lehrkomm. Nachtragsband 1967, vor § 137 Rn 8 und 13 a.E.

B. Die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung der Strafgerichte und des BVfG und die Initiativen in der Gesetzgebung

1. 1955 und 1956 ergingen zwei vielbeachtete Entscheidungen des BGH.

a) Der Ermittlungsrichter des BGH hatte einem in Ostberlin wohnenden Rechtsanwalt, der Bürger der DDR ist, aber in Westberlin als Rechtsanwalt zugelassen ist, die Verteidigungsbefugnis entzogen, weil der Prozeß eine von der DDR aus betriebene Spionage zum Gegenstand hatte und nach Ansicht des Ermittlungsrichters die Gefahr einer weiteren Verbreitung von Geheimnissen - besonders in der DDR - bestand, wenn der Ostberliner Rechtsanwalt weiterhin als Verteidiger in diesem Fall tätig blieb.

Der 6. Strafsenat des BGH bestätigte den Ausschluß [24]. Zwar liege keiner der bisher anerkannten Ausschlußgründe vor. Hier müsse man aber einen ebenso dringenden Fall annehmen. Das in §§ 99 ff. StGB ausgesprochene Gebot, Staatsgeheimnisse zu wahren, gelte auch für die Gerichte. Wie in § 172 GVG die Öffentlichkeit hinter der Staatssicherheit zurücktrete, so müsse hier die freie Advokatur hintanstehen; die Staatssicherheit sei gegenüber der freien Advokatur die wichtigere Komponente des Rechtsstaats. Der Ausschluß sei auch gegenüber einem integren Rechtsanwalt aus der DDR gerechtfertigt, weil diesem die Abpressung der Geheimnisse durch den Staat drohe.

In einem obiter dictum (S. 199/200) schränkte schließlich der BGH den Bereich des § 138 I StPO ein: § 138 I sei heute nur noch auf die im Geltungsbereich der StPO - also der Bundesrepublik - zugelassenen Rechtsanwälte anwendbar, nicht auf die in der DDR zugelassenen.

Der Entscheidung wurde von fast allen Seiten zugestimmt, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen [25].

b) Der sechste Strafsenat des BGH schloß wenig später in einer weiteren politischen Strafsache wieder einen Verteidiger aus [26].

Der Verteidiger hatte dem Senat in Kenntnis des Inhalts ein Schreiben im Auftrag von Delegierten eines Kongresses für deutsch-sowjetische Freundschaft überreicht. Der BGH sah in dem Schreiben ein Vergehen nach § 91 und § 114 StGB

---

24) BGHSt 8, 194(196 ff.) vom 15.11.1955.

25) Mit den Gründen des BGH: Eb. Schmidt JZ 1957, 721; Ostler JR 1960, 170 (172); Peters, Strafprozeß S. 190.
Fehlende Unabhängigkeit als Ausschlußgrund: Anschütz S. 72; KMR-Sax Einl. 3 III c 5; Dahs NJW 1959, 1158(1162). Ad. Arndt NJW 1964, 2146/47 Anm. 12: gerechtfertigt, weil der in der DDR wohnende Anwalt nicht der vollen berufsgerichtlichen Jurisdiktion unterliege.

26) BGHSt 9, 20 vom 15.2.1956.

(Zersetzung und Beamtennötigung) und in der Handlung des Verteidigers Beihilfe hierzu. Er entzog dem Verteidiger deswegen die Verteidigungsbefugnis. Der BGH fand den Entziehungsgrund in einem Erst-recht-Schluß zu den Entziehungsgründen der Teilnahme und der Begünstigung. "Rechtsprechung und Lehre sind sich mit wenigen Ausnahmen darüber einig, daß ein Rechtsanwalt von der Verteidigung ausgeschlossen ist, wenn er sich der Beteiligung oder Begünstigung an der zur Aburteilung stehenden Tat schuldig gemacht hat" (S. 22). Aus der Organstellung des Verteidigers ergebe sich, daß er sich "der Wahrheitsforschung nicht hindernd in den Weg stellen (darf)" (S. 22). Diese Gefahr bestehe bei dem geschilderten Verhalten des Verteidigers in noch höherem Maß als in den Fällen der Teilnahme und der Begünstigung. Außerdem sei es - sowohl in den Fällen der Teilnahme und Begünstigung als auch im vorliegenden Fall - "mit der Würde des Gerichts unvereinbar" (S. 22), "dem Gericht nicht zuzumuten" (S. 23), daß der Verteidiger seine Befugnisse weiter ausübe.
Die Entscheidung wurde in den meisten Stellungnahmen als angesichts der geringen Prozeßordnungswidrigkeit des Verteidigers [27] unverhältnismäßig hart abgelehnt [28].
Gegen beide Entscheidungen des BGH legten die betroffenen Verteidiger Verfassungsbeschwerde ein.

2. Wegen dieser beiden Entscheidungen des BGH wurde bei der Beratung der BRAO im Rechtsausschuß des Bundestags im Jahr 1958 der Antrag gestellt, die Ausschlußgründe in der BRAO abschließend zu regeln, mindestens aber an die Stelle des Strafgerichts das Rechtsanwaltsehrengericht zu setzen. Der Rechtsausschuß bejahte die Notwendigkeit einer Kodifizierung des Verteidigerausschlusses, stimmte aber mit knapper Mehrheit für eine Regelung in der StPO, weil die Entziehung der Verteidigungsbefugnis mehr eine das einzelne Strafverfahren als die Stellung des Rechtsanwalts berührende Entscheidung sei [29].

---

27) Das Strafverfahren gegen den Verteidiger endete in der Rechtsmittelinstanz mit einer Einstellung wegen Geringfügigkeit (BVfGE 15, 226, 228).

28) Arndt JZ 1956, 376; Eb. Schmidt NJW 1963, 1753(1755); Dahs NJW 1959, 1158(1162); Kalsbach JZ 1961, 593(595 Anm. 22); Anschütz S. 73 (insbes. Anm. 274: der BGH habe den Verteidiger unzulässigerweise wegen einer strafbaren Handlung unter den Augen des Gerichts ausgeschlossen); Peters, Strafprozeß S. 190 (kein Ausschluß in leichten Fällen unfairer Verteidigungsführung, weil - besonders wegen §§ 240 II, 193 StGB - die Grenzen der zulässigen Verteidigung schwer zu ziehen sind; kein Streit zwischen Rechtspflegeorganen in der Hauptverhandlung auf Kosten des Angeklagten). Zustimmend mit den Gründen des BGH: Loewe-Rosenberg (Dünnebier) § 138 III 3 a.

29) BT-Drs III/778 S. 14 v. 12. 1. 1959.

In der zweiten Beratung der BRAO im Bundestag im Februar 1959 [30] stellte die SPD den Antrag auf Einführung eines § 57 II BRAO: "Der Rechtsanwalt ist von der Vertretung in einer Rechtssache auszuschließen, wenn die dringende Besorgnis besteht, daß er in derselben Sache seine Berufspflichten verletzt hat und seine weitere Tätigkeit deshalb mit seiner Aufgabe als Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist". Ein § 164 a BRAO sollte bestimmen, daß der Ausschluß durch ein vom Ehrengerichtshof ausgesprochenes Vertretungsverbot erfolgt [31].
In der Debatte bestätigten die meisten Redner, daß die gegenwärtige Regelung eine abzuschaffende Notlösung sei [32]. Der SPD-Antrag wurde trotzdem abgelehnt, weil er nur eine unvollständige Neuerung vorschlage und weil die Lösung in der StPO erfolgen müsse. Die Rechtsprechung habe die bisherigen Ausschlußmöglichkeiten aus der StPO heraus gefunden [33].
Noch vor der dritten Beratung der BRAO einigte man sich im Rechtsausschuß des Bundestags, die als regelungsbedürftig anerkannte Frage in der StPO zu lösen. Man hoffte, daß dann auch die Entscheidungen des BVfG über die bei ihm anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen BGHSt 8, 194 und 9, 20 vorliegen würden [34].

3. Im August 1960 legte die Bundesregierung dem Bundestag den Entwurf des StPÄG vor [35], der keine Vorschriften über die Entziehung der Verteidigungsbefugnis enthielt.
Der Abgeordnete Jahn rügte sogleich in der ersten Beratung des StPÄG im Oktober 1960 [36] den Verstoß gegen die Zusage, das Problem des Verteidigerausschlusses in der StPO zu regeln.

4. Kurz darauf verschärfte der BGH seine Rechtsprechung zum Ausschluß von Verteidigern weit über die bisher bekannten Fälle hinaus. Er schloß den schon

---

30) 62. Sitzung des 3. BT v. 19. 2. 1959, Sten. Ber. S. 3362-3366.
31) Umdruck 215 Nr. 11 u. 24, Anl. 7 zur 61. Sitzung des 3. BT, Sten. Ber. S. 3339 und 3340.
32) Jahn (S. 3362), Benda (S. 3363), Bucher (S. 3364). A. A. Schneider (S. 3365) mit der Befürchtung, daß eine gesetzliche Regelung die Gerichte erst auf die Ausschlußfälle aufmerksam machen würde, eine Sorge, die auch den Strafrechtsausschuß der BRAK bewog, eine gesetzliche Regelung abzulehnen, s. u. 5 b.
33) Abg. Benda, Sten. Ber. S. 3363.
34) Bericht des Abg. Wagner in der 3. Beratung der BRAO v. 18. 3. 1959, 66. Sitzung des 3. BT, Sten. Ber. S. 3534.
35) BT-Drs III/2037 v. 17. 8. 1960. Der Entwurf wurde schon im Juni 1960 von der Bundesregierung verabschiedet.
36) 128. Sitzung des 3. BT, Sten. Ber. S. 7413.

von der Entscheidung BGHSt 8,194 (s. o. 1 a) betroffenen Ostberliner Rechtsanwalt in einer Staatsschutzsache als Verteidiger aus, weil er die Verteidigung nicht unabhängig führe [37]. Aus §§ 1,3 und 46 BRAO ergebe sich die Forderung nach Unabhängigkeit des Verteidigers; in dieselbe Richtung gingen § 146 I StPO, § 356 StGB und § 45, insbes. Nr. 2, BRAO. Der Begriff der Unabhängigkeit schließe - ohne damit erschöpfend umschrieben zu werden - Einfluß und Weisungen verfahrensfremder, ja verfahrensfeindlicher Stellen aus, selbst wenn der Angeklagte diesem Einfluß zustimmt. Im Fall des Ostberliner Rechtsanwalts sei es gerichtskundig, daß er, zumindest in Staatsschutzsachen, "in selbstgewählter SED-Abhängigkeit" (S. 331) handle. Aus diesem Grund komme es nicht auf das Verhalten des Verteidigers im konkreten Fall an. Und folgerichtig schloß der BGH den Verteidiger aus, bevor dieser irgendeine Handlung in der Strafsache vorgenommen hatte.
Die Entscheidung des BGH galt natürlich nur für den Einzelfall; sie wirkte aber wegen ihrer austauschbaren Begründung praktisch als genereller Ausschluß des betreffenden Verteidigers von Staatsschutzsachen.
Die Entscheidung wurde nur z. T. gebilligt, meist als Ausnahmefall [38]. Andere Stellungnahmen rügten, daß der BGH nur bei konkretem Nachweis der Abhängigkeit im vorliegenden Fall hätte ausschließen dürfen [39].
Der ausgeschlossene Verteidiger legte auch in dieser Sache Verfassungsbeschwerde ein.

5. a) Wegen der Häufung der Ausschlußfälle in der Rechtsprechung und wegen der ständigen Bestrebungen im Bundestag nach einer gesetzlichen Regelung erstellte das Bundesjustizministerium im Jahr 1961 einen "vorläufigen Referentenentwurf von Vorschriften über die Ausschließung von Strafverteidigern" [40], der noch ins StPÄG einbezogen werden sollte.
Der Entwurf wollte die Ausschlußfälle abschließend regeln [41].

---

37) BGHSt 15,326 vom 2. 3. 1961.

38) Peters, Strafprozeß S. 190; Kern, Strafverfahrensrecht S. 81; Eb. Schmidt, NJW 1963,1753(1756) und Lehrkomm. Nachtrag 1967 vor § 137 Rn 13 a.E.; Loewe-Rosenberg (Dünnebier) § 138 III 2 c.

39) Kalsbach JZ 1961,593(595); v. Winterfeld NJW 1961,902(904); KMR-Sax Einl. 3 III c 5.

40) Der Entwurf ist nicht veröffentlicht. Sein Text findet sich im BRAK-Archiv, Materialien Bd. 716 A S. 3 f., mit Begründung S. 5 ff.

41) Großrau, BRAK-Archiv, Hauptprot. Bd. 163 A, S. 24 f.

Ein § 138 a [42] sollte die bisherigen "klassischen" Ausschlußfälle aufnehmen. Er enthielt aber bloß die Zeugen- und Sachverständigenfälle und die Fälle der Beteiligung, Begünstigung und Hehlerei an der Tat des Mandanten. Die Fälle des Parteiverrats fehlten. § 146 StPO sollte neben § 138 a in der alten fragmentarischen Form bestehen bleiben. § 138 b [43] sollte die "politischen" Fälle erfassen. Er enthielt Spezialtatbestände auf, die unter anderem den Tatbestand von BGHSt 4, 168 modifizierten und Gerichtsentscheidungen wie BGHSt 9, 20 und 15, 326 un-

---

42) § 138 a: I Ein Verteidiger wird von der Mitwirkung in einer Strafsache ausgeschlossen, wenn er im Verfahren als Zeuge oder Sachverständiger vernommen oder als Zeuge oder Sachverständiger zur Hauptverhandlung geladen wird, es sei denn, daß seine Vernehmung der Aufgabe der Verteidigung nicht widerstreitet.

II Das gleiche gilt, wenn ein Verteidiger der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Begünstigung oder Hehlerei dringend verdächtig oder deswegen bereits verurteilt ist.

43) § 138 b: I In den in den §§ 74 a, 134 GVG bezeichneten Strafsachen kann ein Verteidiger von der Mitwirkung ausgeschlossen werden, wenn er

1) seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes hat

oder

2) für eine Stelle außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes oder eine Person, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes hat, tätig ist

und Tatsachen die Annahme begründen, daß das Bekanntwerden von Umständen, die im Verfahren zur Kenntnis des Verteidigers kommen würden, einen andern in die Gefahr bringt, durch Gewalt- oder Willkürmaßnahmen Schaden an Leib oder Leben zu erleiden oder der Freiheit beraubt zu werden.

II In solchen Strafsachen kann ein Verteidiger unter den in Absatz I Nr. 1 und 2 bezeichneten Voraussetzungen auch dann von der Mitwirkung ausgeschlossen werden, wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte die Gefahr besteht, daß

1) ein Staatsgeheimnis, welches im Verfahren zur Kenntnis des Verteidigers kommen würde, an einen Unbefugten gelangt

oder

2) Tatsachen, deren Geheimhaltung das Gericht nach § 174 II GVG wegen Gefährdung der Staatssicherheit anordnet, durch ihn unbefugt mitgeteilt werden.

möglich machen sollten [41]. § 138 c [44] gab die Ausschlußbefugnis dem mit der Sache befaßten Strafgericht.

b) Das Bundesjustizministerium leitete diesen Entwurf dem Strafrechtsausschuß der BRAK zu, der am 14.10.1961 in einer Sondersitzung über den Entwurf beriet [45].

Dallinger bejahte zunächst für das Bundesjustizministerium ein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung, ebenso wie ein großer Teil der Rechtsanwälte [46], besonders wegen der Gefahr des "Wildwuchses" der Ausschlußfälle in der Rechtsprechung, außerdem, weil der Gesetzgeber selbst die Verantwortung für die Entwicklung übernehmen müsse.

Doch bald bahnte sich eine Wende an: Die Rechtsanwälte Weber, Brangsch und Dahs [47] wiesen darauf hin, daß das Gesetz von den Rechtsanwälten angeregt worden sei, um die Ausschlußfälle einzuschränken. Eine gesetzliche Regelung könne sich aber gegen die Rechtsanwälte auswirken, weil viele Richter nun erst an die Ausschlußmöglichkeit erinnert würden. Die Teilnehmer meinten darauf, man solle die Entscheidungen des BVfG zu den anhängigen Verfassungsbeschwerden abwarten. Wenn es die Entscheidungen des BGH aufhebe, so habe man die Einschränkung erreicht, und zwar ohne die Gefahren, die eine gesetzliche Regelung mit sich bringen könnte [48].

Die schwersten Bedenken wurden gegen die Fassung des § 138 b laut [49], insbesondere weil er "politischen Sprengstoff" in bezug auf die DDR enthalte und mit seiner Diskriminierung von Rechtsanwälten, die außerhalb der Bundesrepublik wohnen, gegen den EWG-Vertrag verstoße. Man wollte nicht die Verabschiedung des StPÄG mit einem so brisanten Zusatz hemmen [50] und auch nicht die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur durch eine abschließende

---

44) § 138 c: Die Entscheidungen nach §§ 138 a und b trifft das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist. Im Vorverfahren entscheidet das Gericht, das für das Hauptverfahren zuständig wäre.

45) BRAK-Archiv, Hauptprot. Bd. 163 A S. 12 ff., Bd. 163 B S. 81 ff.; Kurzprot. Bd. 3 S. 150 ff. (Beschlüsse des Strafrechtsausschusses).

46) Dallinger Bd. 163 A S. 15; Kalsbach S. 36 f.; v. Winterfeld S. 40 f.; Ackermann S. 46.

47) Weber Bd. 163 A, S. 48 f., 52; Brangsch S. 53 f.; Dahs S. 55.

48) v. Winterfeld Bd. 163 A S. 76,77, Bd. 163 B S. 102 f.; Thurn Bd. 163 A S. 71 f.; Brangsch Bd. 163 B S. 82; Ackermann Bd. 163 B S. 85 f.; Kalsbach S. 91 f.

49) Brangsch Bd. 163 A S. 59 ff.; Großrau S. 63 f.

50) Brangsch Bd. 163 A S. 61; Kurzprot. Bd. 3 S. 153 (B IV).

Regelung abschneiden [51].
Der Umschwung war nun vollständig, und der Strafrechtsausschuß beschloß einstimmig: Eine gesetzliche Regelung der Ausschließung von Strafverteidigern ist z. Zt. untunlich [52].

c) Dieses Ergebnis unterbreiteten die Vertreter des Bundesjustizministeriums Ende Oktober 1961 auf der Justizministerkonferenz den Länderjustizverwaltungen, die sich der Ansicht der Rechtsanwälte anschlossen [53].

6. Bei der Neueinbringung des Regierungsentwurfs des StPÄG im Jahr 1962 rechtfertigte die Bundesregierung das Schweigen des Entwurfs zur Frage des Verteidigerausschlusses mit den gefundenen Argumenten: politische Brisanz einer gesetzlichen Regelung, geringe Bedeutung der Frage, Abwarten der Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur. Sie wies auch auf die ablehnende Haltung des Präsidenten des BGH und des Generalbundesanwalts hin [54].

7. Bald darauf schaltete sich das BVfG in die Entwicklung ein.
a) In dem Verfahren gegen BGHSt 8, 194 erging freilich nie eine Entscheidung des Gerichts. Mit Schreiben vom 11. 11. 1960 an den beschwerdeführenden Verteidiger hatte der Berichterstatter des 1. Senats seine Ansicht mitgeteilt: ".... wird man in Ihrem Fall sagen müssen, daß eine Beschränkung der Berufsfreiheit durch einen Gerichtsbeschluß hinzunehmen ist, wenn er .... nur die Ausübung des Berufs betrifft. Hier wird in der Regel jeder sachliche Grund eine Beschränkung der freien Berufsausübung rechtfertigen (Anlehnung an BVfGE 7, 377(405 f.)). Mit der Verletzung des Art. 12 I GG läßt sich also die Verfassungsbeschwerde nicht begründen". Zur Frage, ob der BGH gegen den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 verstoßen haben könnte, äußerte sich der Berichterstatter nicht.
Zur Rüge der Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze sagte der Berichterstatter: "Auch die Gerichte sind zur Wahrung des Geheimnisschutzes verpflichtet. Dem trägt der angefochtene Beschluß Rechnung; er dient geradezu dem Schutz des in der Bundesrepublik verwirklichten Rechtsstaats." Der Berichterstatter billigte damit offensichtlich die vom BGH gezogene Parallele zu § 172 GVG.
Der Beschwerdeführer nahm auf dieses Schreiben hin seine Verfassungsbeschwerde

---

51) Bd. 163 B, S. 107, 112 ff.; Kurzprot. Bd. 3 S. 150, Kurzfassung der Gründe S. 151 ff.
52) Großrau Bd. 163 A S. 75 f.; Kurzprot. Bd. 3 S. 152 (B I).
53) Bericht von Großrau bei der 43. Tagung des Strafrechtsausschusses der BRAK vom 17. 11. 1961, BRAK-Archiv Hauptprot. Bd. 164 A S. 4.
54) BT-Drs IV/178 v. 7. 2. 1962 S. 16.

- von ihrer Erfolglosigkeit überzeugt - zurück [55].

b) Die Verfassungsbeschwerde gegen BGHSt 9,20 war erfolgreich. Das BVfG hob den Beschluß des BGH am 19.12.1962 auf [56]. In der Entziehung der Verteidigungsbefugnis gegenüber einem Rechtsanwalt liege ein Eingriff in die Berufsausübung. Art. 12 I 2 GG verlange für die Regelung der Berufsausübung ein Gesetz, ebenso § 3 II BRAO (der z. Zt. des Erlasses von BGHSt 9,20 - 15.2.1956 - aber noch nicht galt).
Dennoch verbot das BVfG den Ausschluß von Verteidigern nicht generell. Es akzeptierte die von der Rechtsprechung anerkannten Ausschlußgründe der Teilnahme und der Begünstigung als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht; und als solches sei es mit Art. 12 I 2 GG und § 3 II BRAO vereinbar [57]. Dieses Gewohnheitsrecht sei auch der erweiternden Auslegung und Analogie zugänglich. Hierbei sei die Gefahr der Schaffung neuer Eingriffstatbestände freilich groß, und man müsse, besonders wegen Art. 12 I 2 GG und wegen des Grundsatzes der freien Advokatur, sehr zurückhaltend sein. Überhaupt wäre ein förmliches Gesetz der Formenstrenge des Prozeßrechts angemessener.
Ohne zu entscheiden, ob im konkreten Fall noch die Grenzen der Auslegung oder Analogie eingehalten worden sind, erklärte das BVfG den BGH-Beschluß für verfassungswidrig, weil er gegen das Übermaßverbot verstoße. Man dürfe nicht auf das geringfügige Vergehen des Verteidigers mit der schärfsten Maßnahme, dem Ausschluß, reagieren.

8. Im März 1963 fand die 2. Beratung des StPÄG im Bundestag statt, zu der die SPD den Antrag auf Einführung eines § 150 StPO gestellt hatte: "Ein im Geltungsbereich dieses Gesetzes zugelassener Rechtsanwalt kann von der Verteidigung durch das erkennende Gericht nicht ausgeschlossen werden" [58]. Damit wollte sie nicht ein Verbot des Verteidigerausschlusses überhaupt erreichen, sondern nur, daß an die Stelle des erkennenden Gerichts ein anderes Organ gesetzt würde. In der Beratung [59] wies der Abgeordnete Hirsch [60] auf die Bedenken des BVfG (E 15,226) gegen das Fehlen eines förmlichen Gesetzes hin.

---

55) Die Kenntnis dieses Vorgangs beruht auf einer Mitteilung des betroffenen Rechtsanwalts, der mir eine Fotokopie des Schreibens des Berichterstatters überlassen und auch den übrigen Sachverhalt mitgeteilt hat.
56) BVfGE 15,226.
57) Vgl. BVfGE 9,338(343): Anwendung des Prinzips des Art. 123 I GG.
58) Umdruck 226 Nr. 2, Anl. 3 zur 69. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 3160.
59) 69. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 3114 u. 3117-3122.
60) Sten. Ber. S. 3118 f.

Der Antrag wurde trotzdem abgelehnt: der beantragte § 150, der nur regeln wolle, was nicht sein soll, würde die Gesetzeslücke vergrößern; die Fragen des Verteidigerausschlusses würden durch feststehendes Gewohnheitsrecht gut geregelt; man wolle die Frage schon gesetzlich regeln, wolle aber die Rechtsentwicklung, vor allem die Entscheidungen des BVfG, abwarten [61].

9. Wenige Monate später entschied das BVfG über einen neuen "Verteidigerfall" [62]. Die Staatsanwaltschaft hatte einen Verteidiger als Belastungszeugen für eine nicht direkt das angeklagte Delikt betreffende Tatsache benannt und beantragte daraufhin den Ausschluß des Verteidigers. Nachdem das mit der Sache befaßte Strafgericht die Ausschließung abgelehnt hatte, gab das OLG Frankfurt der Beschwerde der Staatsanwaltschaft statt; die Gefahr belastender Aussagen genüge für den Ausschluß.
Das BVfG hob auf Verfassungsbeschwerde des ausgeschlossenen Verteidigers den Beschluß des OLG auf. Das Gericht zeigte erneut die unsichere Rechtslage auf. Der Verteidiger sei Organ der Rechtspflege in dem Sinn, daß er die Interessen des Angeklagten wahrnehme. Der Verteidiger könne seine Aufgabe nur dann ordnungsgemäß erfüllen,
wenn er vom Gericht unabhängig sei und
einen gewissen Abstand zur Tat des Angeklagten habe.
Infolge der Nähe zur Tat könne sich eine Konfliktsituation ergeben, die den Rechtsanwalt zwinge, die Verteidigung niederzulegen. Trete er nicht zurück, so handle er standeswidrig. Da bei der gegenwärtigen Rechtslage das Ehrengericht im Fall einer solchen Standeswidrigkeit nicht eingreifen könne, dürfe das mit der Strafsache befaßte Gericht den Ausschluß aussprechen.
Nach Art. 12 I 2 GG sei ein förmliches Gesetz für die Aufstellung von Ausschlußgründen nötig. Solange dieses nicht bestehe, könne nur nach den überkommenen Grundsätzen der Rechtsprechung ausgeschlossen werden - offensichtlich ist damit das "vorkonstitutionelle Gewohnheitsrecht" aus E 15, 226(232) gemeint. Ein Gewohnheitsrechtssatz, daß ein als Zeuge benötigter Rechtsanwalt als Verteidiger ausgeschlossen sei, lasse sich aus der Rechtsprechung nicht ersehen, auch nicht ein allgemeiner Ausschluß eines Rechtsanwalts, der als Belastungszeuge benannt oder geladen ist. Die Rechtsprechung habe vielmehr immer auf den Einzelfall abgestellt. Der vorliegende Einzelfall spreche gegen einen vollen Ausschluß. Der Verteidiger sei nicht Tatzeuge, außerdem stehe noch nicht fest, ob er überhaupt vernommen werde.

10. Mit dem zusätzlichen Argument aus BVfGE 16, 214, daß auch bei den Zeugenfällen die Rechtslage höchst unsicher sei und das BVfG das Arbeiten mit

---

61) Abg. Diemer-Nicolaus, Sten. Ber. S. 3120; Abg. Weber, S. 3120 f.
62) BVfGE 16, 214 v. 11. 6. 1963.

vorkonstitutionellem Gewohnheitsrecht wiederum als Notlösung bezeichnet und somit den Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen habe, stellte die SPD in der dritten Beratung des StPÄG im Bundestag ihren in der zweiten Beratung abgelehnten Antrag erneut. Wieder wurde ein Regelungsbedürfnis allgemein anerkannt. Doch mit denselben Argumenten wie in der zweiten Beratung [61] wurde der Antrag erneut abgelehnt [63].

11. Den nächsten und vorläufig letzten Zug in der Frage des Verteidigerausschlusses tat das BVfG im Juni 1967: Es hob den geschilderten Beschluß des BGH [64] auf [65].

Eine gesetzliche Einschränkung der Freiheit der Berufsausübung, die Art. 12 I 2 GG und § 3 II BRAO verlangten, bestehe für den vorliegenden Fall nicht. Die vom BGH erwähnten Normen - §§ 1, 3, 46 BRAO, § 146 I StPO - enthielten keine solche Regelung; sie seien auch keine Grundlage für eine erweiternde Auslegung oder Gesetzes- oder Rechtsanalogie [66]. Auch eine vorkonstitutionelle gewohnheitsrechtliche Grundlage bestehe für den vorliegenden Fall nicht. Über § 146 I StPO hinaus gebe es drei Fallgruppen, bei denen man u.U., vor allem wegen der ständigen Rechtsprechung, von Gewohnheitsrecht sprechen könne: Zeugenschaft, Teilnahme an der Straftat, Begünstigung (S. 121 f.). Daraus lasse sich aber kein Gewohnheitsrechtssatz des Inhalts ersehen, daß ein Verteidiger vom erkennenden Gericht auszuschließen sei, wenn er keinen Beistand leiste, sich der Wahrheitsfindung hindernd in den Weg stelle oder verfahrensfremden Einflüssen und Weisungen unterliege. Auch eine Weiterentwicklung des Gewohnheitsrechts führe nicht zu einem solchen Rechtssatz. Sie sei wegen Art. 12 I 2 GG nur sehr beschränkt möglich und finde dort ihre Grenze, wo im Ergebnis ein neuer Eingriffstatbestand entstehe. Das sei hier der Fall. Bei Teilnahme und Begünstigung werde der Verteidiger ausgeschlossen, weil er den Angeklagten gefördert, hier, weil er gegen seine (wohlverstandenen) Interessen gearbeitet habe.

Selbst wenn ein Eingriffstatbestand angenommen würde, verstieße der Ausschluß gegen das Übermaßverbot. Ohne konkrete Gefährdung sei ein Ausschluß auf jeden Fall unzulässig.

---

63) 132. Sitzung des 4. BT v. 24.6.1964, Sten.Ber. S. 6445-6447. Umdruck 487 Anl. 6 zur 132. Sitzung, Sten.Ber. S. 6504/05.

64) BGHSt 15,326; s.o. 4., bei Fn 37.

65) BVfGE 22,114 v. 28.6.1967.

66) Damit wird die vor allem von Anschütz S. 47 ff. (51) und Eb. Schmidt NJW 1963,1753(1754) vertretene Ansicht abgelehnt (s.o. A II 1 f. und 2).

C. Beurteilung des Zögerns des Gesetzgebers

Weder ein Handeln des Gesetzgebers noch eine neue Entscheidung des BVfG steht meines Wissens nunmehr unmittelbar bevor.
Dieser Stand der Entwicklung rechtfertigt die Frage: Hat der Gesetzgeber zurecht so lange mit der gesetzlichen Regelung des Verteidigerausschlusses gewartet?

I. Als Hauptgrund für das Zögern zeigt sich deutlich, daß der Gesetzgeber, der ja im Grunde ein Regelungsbedürfnis in allen geschilderten Phasen bejahte, bevorstehende Entscheidungen des BVfG abwarten wollte.
Es mögen auch andere Gründe das Zögern des Gesetzgebers mitbewirkt haben, etwa die schlechte Form der SPD-Anträge bei der Beratung der BRAO und des StPÄG [67]. Der richtige Weg, diesem Mangel abzuhelfen, war sicher nicht ein Abwarten, sondern eine Initiative zu einem besseren Gesetzentwurf. Man könnte entgegnen, das habe das Bundesjustizministerium mit dem vorläufigen Referentenentwurf getan. Dieser Entwurf forderte durch seinen Inhalt zur Ablehnung jedoch geradezu heraus. Ob er "zwecks Abschreckung" so formuliert war, wie Jahn [68] und Arndt [69] meinen, wird kaum zu beweisen sein. Daß er so wirkte, ist offensichtlich. Nur durch ihn konnte man den Eindruck erhalten, die Frage des Verteidigerausschlusses sei noch völlig unausgereift. Nur durch den besonderen Inhalt des Entwurfs, vor allem durch den "politischen Sprengstoff" in § 138 b [43], konnte die Meinung entstehen, das StPÄG würde gefährdet, wenn man die Frage des Verteidigerausschlusses einbeziehen würde.
Daß ein besserer Entwurf möglich war, der nicht den Ruf nach neuen Stellungnahmen erzeugt hätte, wußte auch die Bundesregierung. Die bis 1961 bekanntgewordenen Stellungnahmen machten das deutlich genug. Vor allem der politische Teil des Entwurfs, § 138 b, der größte Stein des Anstoßes, mußte keineswegs so gefaßt sein, daß er Rechtsanwälte mit Auslandswohnsitz diskriminierte, den Streit um die Anerkennung der DDR berührte und zusätzlich den Vorwurf geringer Wirksamkeit auf sich zog [70]. Wenn also der Entwurf nicht ein Produkt der Böswilligkeit war, wie Arndt und Jahn meinen, so war er zumindest die Folge einer Nachlässigkeit.
Die Meinung, das Problem sei noch unausgereift, verstärkte die Neigung, auf

---

67) S. o. B 2 (§§ 57 II, 164 a BRAO) und B 8 (§ 150 StPO).

68) 2. Beratung des StPÄG, 69. Sitzung des 4. BT v. 27. 3. 1963, Sten. Ber. S. 3122.

69) NJW 1964, 2146 Fn 10.

70) Abg. Jahn in der 2. Beratung des StPÄG, 69. Sitzung des 4. BT v. 27. 3. 1963, Sten. Ber. S. 3122: Der Entwurf "war unübersichtlich, kompliziert, er ging ohne Notwendigkeit. . . . in schwierigste Einzelfragen hinein."

Entscheidungen des BVfG zu warten.
Es erweist sich insgesamt, daß das Warten auf das BVfG ein wichtiger, wohl der wichtigste Grund für das Zögern des Gesetzgebers gewesen ist, ein Grund, der bei allen Diskussionen um eine gesetzliche Regelung vorrangig genannt wurde.

II. Die Berechtigung dieses Wartens auf das BVfG soll im folgenden überprüft werden.

1. Ein Warten auf bevorstehende Entscheidungen des BVfG ist für einen kürzeren Zeitraum legitim, wenn die gesetzlich zu regelnde Materie
a) verfassungsrechtlich ungeklärt ist und
b) die Neuregelung der Gefahr der Verfassungswidrigkeit unterliegt. Ein längeres Warten ist auch bei dieser Fallage nicht gerechtfertigt. Ein Monopol des BVfG zur Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen besteht keineswegs. Auch der Gesetzgeber muß sich mit solchen Fragen befassen, wenn er die Verfassungssätze konkretisiert [71].
Zu a) Daß der Ausschluß des Verteidigers nur eine Berufsausübungsregelung ist, bei der der Gesetzgeber in hohem Maß Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen kann - diese Ansicht des BVfG, die es konkret in E 15,226 äußerte, konnte man schon aus dem Apothekenurteil vom 11.6.1958 [72] entnehmen. Jedenfalls war sie seit E 15,226, also seit 1962, absolut klar.
Zu b) Auch hierzu kannte der Gesetzgeber den Grundsatz schon seit dem Apothekenurteil, absolut deutlich spätestens seit E 15,226: Verfassungsrechtliche Grenze für die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers ist lediglich das Übermaßverbot [73].
Somit kann man ein Zögern des Gesetzgebers nur bis zu BVfGE 7,377, allenfalls bis E 15,226 als gerechtfertigt ansehen.

2. Gegen ein Abwarten weiterer Entscheidungen des BVfG sprachen folgende Gesichtspunkte:
a) Die anhängigen Verfahren, aus denen die Entscheidungen 16,214 und 22,114 entsprangen, beruhten auf Verfassungsbeschwerden von Rechtsanwälten. Der Blick des BVfG ging somit vorwiegend auf die Rechtfertigung des Ausschlusses gegenüber Rechtsanwälten und weniger gegenüber Verteidigern als solchen, seien sie Rechtsanwälte oder Rechtslehrer.

b) Das BVfG muß zur gegenwärtigen Rechtslage entscheiden und kann somit als Rechtfertigung für den Ausschluß nur die gegenwärtigen Grundrechtseinschrän-

---

71) Näheres s. o. S. 18 f. (§ 2 III 2) und unten S. 139 (§ 13 C II a.E.).
72) E 7,377(405 f.).
73) Zum Begriff vgl. Lerche, Übermaß, S. 19-21 und unten S. 86 (§ 8 bei Fn 8).

kungen heranziehen. Das nützt dem Gesetzgeber, der alle zweckmäßigen, also weit stärkere Beschränkungen als die geltenden einführen kann, wenig.

c) Das BVfG entscheidet nur Einzelfälle. Der Gesetzgeber konnte also keine allgemeine Stellungnahme erwarten, kein System der Ausschlußgründe.

d) Das BVfG entscheidet nur die Frage der Verfassungswidrigkeit, der Vereinbarkeit einer Regelung mit dem GG, das nur zum Grundsätzlichen [74] Aussagen macht. Für den einfachen Gesetzgeber sind dagegen auch weniger grundsätzliche Überlegungen wichtig, z.B. Einzelheiten, die nicht für die Verfassung, wohl aber für ein die Verfassung ausfüllendes Gesetz wichtig sind. Der Gesetzgeber durfte also nicht erwarten, daß das BVfG sich zu solchen Einzelheiten äußern würde.

3. Diese Feststellungen müssen beachtet werden, wenn im folgenden geprüft wird, ob die Entscheidungen des BVfG eine Gesetzgebungshilfe für die Regelung des Verteidigerausschlusses gaben.

a) Die Ausschlußgründe

aa) Ein künftiges Gesetz sollte im Gegensatz zu den gegenwärtigen Einzelfällen ein System von Ausschlußgründen aufstellen. Daß es dies im Rahmen des GG kann, daran besteht kein Zweifel. Das Verbot, das BVfGE 22,114 aussprach, gilt nur für die gegenwärtige Rechtslage, in der die Ausschlußgründe allein auf Gewohnheitsrecht beruhen. Anhaltspunkt des Gesetzgebers ist allein die Sachgerechtigkeit der Regelung, alleinige verfassungsrechtliche Grenze ist das Übermaßverbot.
Bei dieser Lage bietet sich das System von Anschütz, Dahs und Sax [75] an: Der Verteidiger muß
Beistand leisten,
seine Organpflichten erfüllen und
nach allen Seiten unabhängig sein.
Wenn er eine dieser Pflichten nicht erfüllt, darf er ausgeschlossen werden.

bb) Wie der Gesetzgeber diese Begriffe ausfüllt, ist weitgehend ihm selbst überlassen. Die verfassungsrechtliche Grenze des Übermaßverbots wird bei dieser Ausfüllung in Grenzfällen bedeutsam werden.
(1) Der Gesetzgeber könnte bestimmen, daß ein als Zeuge vernommener Verteidiger grundsätzlich nicht mehr verteidigen darf. In Extremfällen verböte dann das Übermaßverbot einen völligen Ausschluß, z.B. wenn die Aussage nur einen

74) BVfGE 2,124(130): "Das GG stellt Grundsätze.... auf und kann nicht für sämtliche Gebiete der staatlichen Ordnung erschöpfende Spezialbestimmungen treffen."
75) S.o. bei Fn 18-20.

Nebenpunkt betrifft. Dann könnte schon ein teilweiser Ausschluß genügen (Erforderlichkeitsgrundsatz) oder es wäre jede Ausschlußmaßnahme unverhältnismäßig. Der Gesetzgeber könnte den Ausschluß auch grundsätzlich an die Tatsache der Ladung knüpfen, wie § 40 der österr. StPO. Verfassungswidrig wäre eine solche Vorschrift keinesfalls; allerdings würde das Übermaßverbot wieder Ausnahmen nötig machen [76]. Ob sie gegen die Interessenvertreter der Rechtsanwälte durchzusetzen ist, ist eine andere Frage.

(2) Der Gesetzgeber könnte, wenn er einen Verstoß gegen die Organpflicht als Ausschlußgrund normiert, nicht wegen eines jeden prozeßordnungswidrigen Verhaltens ausschließen, sondern nur, wenn eine schwere Prozeßordnungswidrigkeit vorliegt. Das Übermaßverbot verlangt, daß wegen geringer Prozeßordnungswidrigkeiten nicht gleich die schwerste Sanktion, die Ausschließung, ausgesprochen wird.

(3) Unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots wäre auch der Ausschluß bei einem bloß entfernten Verdacht der Teilnahme oder der Begünstigung verfassungswidrig.

cc) Eine bestimmte Richtlinie für die Ausfüllung der Begriffe scheinen die Entscheidungen des BVfG zu geben. Das BVfG spricht in den einschlägigen Entscheidungen [77] von der Stellung des Rechtsanwalts, vom Rechtsanwalt als einem Organ der Rechtspflege und davon, daß der Rechtsanwalt, der in einem Konflikt mit seinen Verteidigerpflichten steht, standeswidrig handle, wenn er sein Verteidigeramt nicht niederlegt.

Daraus könnte man schließen, daß das BVfG im Verteidigerausschluß ein Problem des Standesrechts der Rechtsanwälte sieht und somit bei der Auslegung der Begriffe auf die Lage und die Pflichten des Rechtsanwalts und weniger des Verteidigers als solchen abstelle.

Erstens wäre eine solche Ansicht des BVfG für den Gesetzgeber, der in dieser Frage nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden hat, nicht bindend. Zweitens betonte das BVfG die Rechtsanwaltsstellung des Verteidigers nicht im Hinblick auf ein künftiges Gesetz. Es legte auf diese Stellung ganz einfach deshalb großes Gewicht, weil die Verfassungsbeschwerden auf Art. 12 GG beruhten und die Frage einer Einschränkung des Rechtsanwaltsberufs zu untersuchen war. Trotz dieser Äußerungen bleibt also die entscheidende Richtlinie die Sachgerechtigkeit der neuen Lösung; und sachgerechter ist es, die Stellung des Verteidigers als solchen zu betrachten. Der Verteidiger ist auch ein Organ der Rechtspflege,

76) Das bestätigte das BVfG in E 16, 214(219 f.).

77) BVfGE 15, 226(231); 16, 214(216 f.); 22, 114(120).

und für die Frage des Ausschlusses interessiert nur diese Organstellung [78], nicht seine Organeigenschaft als Rechtsanwalt. Zu beurteilen sind seine Handlungen auch nicht danach, ob er standeswidrig handelt, sondern allein, ob er verteidigungswidrig [78] handelt, d.h. mit der Aufgabe der Verteidigung in Widerspruch steht. Denn der StPO kommt es nur auf einen guten Verteidiger an, nicht auf einen guten Rechtsanwalt; (freilich werden sich beide Eigenschaften oft decken; deshalb nennt auch § 138 I StPO die Rechtsanwälte als "geborene" Verteidiger).

b) Regelung in welchem Gesetz? Wer soll Ausschlußorgan sein?

aa) Weil es auf die Verteidigereigenschaft ankommt, ist das richtige Gesetz für die Regelung auch die StPO und nicht die BRAO. Daran ändert die Tatsache nichts, daß ein Konflikt auch im Zivilprozeß auftreten kann. Er wird dort meist andersartig und von geringerem Gewicht sein. Deshalb ist, wenn überhaupt, für den Zivilprozeß eine gesonderte Regelung nötig.

bb) Als Ausschlußorgan darf nicht ein Rechtsanwaltsehrengericht fungieren, weil es eben auf die Verteidigerstellung und nicht auf die Rechtsanwaltsstellung ankommt [79]. Es gibt auch Rechtslehrer als "geborene" Verteidiger (§ 138 I StPO), und es wäre doch eigenartig, wenn ein Rechtsanwaltsstandesgericht die Rechtslehrer ausschließen könnte. Auch das mit der Strafsache befaßte Gericht erscheint wegen der Gefahr der Befangenheit als ungeeignet. Somit wären die Oberlandesgerichte für alle Strafsachen vom OLG an abwärts und der BGH für die Strafsachen beim BGH die geeignetsten Ausschlußorgane. Durch entsprechende Geschäftsverteilung müßte dafür gesorgt werden, daß die "Ausschlußsenate" bei den Oberlandesgerichten und beim BGH nicht über die in ihren eigenen Senaten auftretenden Ausschlußfälle zu entscheiden haben. Da Ausschlußfälle selten sind, wären die Oberlandesgerichte durch diese neue Aufgabe nur unwesentlich belastet.

---

78) Dahs NJW 1959, 1158(1161); Anschütz S. 45; KMR-Sax Einl. 3 III a; Gallas ZStW 53(1934), 256(257); Schwarz-Kleinknecht vor § 137 Anm. 2. Zunächst auch Eb. Schmidt Lehrkomm. II, vor § 137 Rn 11; anders im Nachtragsband 1967, vor § 137 Rn 11 u. 13: Es handle sich um ein Problem des Strafprozeß- und Anwaltsrechts. Eb. Schmidt übernimmt die Ansichten des BVfG und übersieht, daß das Gericht nur wegen der besonderen Gestalt der Verfassungsbeschwerden die Rechtsanwaltsstellung des Verteidigers so stark betont.

79) Kern, Strafverfahrensrecht S. 81: Eine Ausschlußberechtigung des Rechtsanwaltsehrengerichts wäre "mit der Autorität des (Straf-)Gerichts unvereinbar".

Zu a) und b) Die Frage der Auslegung der Begriffe "Rechtspflegeorgan" und "Unabhängigkeit" und die damit zusammenhängende Frage des Ortes der gesetzlichen Regelung und des Ausschlußorgans sind gewiß Fragen des einfachen Rechts. Es schien aber angebracht, dazu Stellung zu nehmen, weil es so aussah, als habe das BVfG gewisse Richtlinien gegeben, auf die der Gesetzgeber, auch wenn sie ihn nicht binden, als Gesetzgebungshilfe gewartet haben könnte.

c) Weitere Punkte eines Gesetzes über den Verteidigerausschluß wären verfassungsrechtlich neutral. Auch diskutierenswerte Äußerungen des BVfG, die der Gesetzgeber als Gesetzgebungshilfe ansehen könnte, fehlen. Solche Punkte sind zum Beispiel

aa) die Frage, wer zur Stellung des Ausschließungsantrags befugt ist;

bb) die Frage, ob gegen den Ausschluß Rechtsmittel gegeben sind; die Verfassung schreibt jedenfalls keine zweite Instanz vor [80];

cc) das Verfahren bezüglich der Wiederzulassung, sofern während des Prozesses noch ein Streit um den Wegfall des Ausschlußgrundes entsteht;

dd) die Gestaltung des Ausschlußverfahrens gegenüber einem Verteidiger im Sinn des § 138 II StPO.

Es steht somit fest, daß das BVfG kaum Gesetzgebungshilfe gegeben hat, jedenfalls nicht seit E 15,226. Angesichts der obigen Feststellungen [81] zum Ausgangspunkt aller Entscheidungen des BVfG war dies auch nicht anders zu erwarten.

4. Der Gesetzgeber konnte höchstens hoffen, daß das BVfG angesichts der Gesetzeslücke seine Kompetenzen überschreiten würde und Ausschlußgründe aufstellen würde - als eine Art Ersatzgesetzgeber.
Das BVfG hielt sich aber sehr zurück. Das zeigt besonders E 22,114, wo das BVfG sich strikt weigerte, das bestehende Gewohnheitsrecht auszudehnen. Der Gesetzgeber wurde dadurch vom BVfG deutlich aufgerufen, selbst zu handeln. Das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung ist besonders nach BVfGE 22,114 offensichtlich. Die Rechtsanwälte würden vielleicht auf ein Gesetz verzichten, weil das BVfG die Praxis des BGH stark eingeschränkt hat und neue Ausschlußgründe nicht mehr aufkommen können. Für den Gesetzgeber darf das kein Argument zum Stillhalten sein. Die gegenwärtigen "Gewohnheitsrechtsinseln" bilden eine nur schwer erträgliche Rechtsgrundlage. Allein der Zufall, ob die Gerichte vor der Geltung des GG Ausschlußgründe anerkannten oder nicht, soll heute über

---

80) BVfGE 4,74(94 f.); 4,205; 4,387(411); 6,7(12); 8,174(181); 9,223(230); 11,232(233).

81) S.o. C II 2.

die Zulässigkeit des Ausschlusses entscheiden. In Staatsschutzsachen kann heute nach der Rechtsprechung des BVfG ein "abhängiger" Verteidiger nicht ausgeschlossen werden, obwohl ein dringendes Bedürfnis besteht. Selbst die Frage, ob angesichts der Zurückhaltung von BVfGE 22, 114 die Entscheidung des BGH, St 8, 194 [24], heute noch aufrechterhalten würde, ist offen (wenn es auch naheliegt, daß das BVfG die Analogie zu § 172 GVG zuließe). Hinzu kommt noch die Frage, ob der BGH [24] befugt erschien, die Geltung des § 138 I StPO auf die in der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwälte zu beschränken. Auch diese Frage würde besser und sicherer der Gesetzgeber lösen. -

Der Gesetzgeber hat mit seinem Warten auf Entscheidungen des BVfG also sachlich kaum etwas gewonnen. Die Hauptfolge ist ein Zeitverlust von etwa zehn Jahren.

ZWEITER HAUPTTEIL

Handeln des Gesetzgebers in Anlehnung an das BVfG oder in voller Abhängigkeit von ihm.

§ 6
ARMENRECHT FÜR DEN ANTRAGSTELLER IM KLAGEERZWINGUNGSVERFAHREN

I. § 172 III 2 StPO schreibt vor, daß der vom OLG zu entscheidende Klageerzwingungsantrag von einem Rechtsanwalt unterzeichnet wird.
In seiner vor dem 3. StrRÄG von 1953 geltenden Fassung gab § 172 einem Antragsteller, der kein Rechtsanwaltshonorar bezahlen konnte, keine Möglichkeit, das Klageerzwingungsverfahren trotzdem durchzuführen.
§ 379 III StPO verweist in einem ähnlichen Fall auf die Bestimmungen der ZPO über das Armenrecht, damit ein mittelloser Privatkläger nicht schlechter gestellt ist als ein anderer Privatkläger. In einem Umkehrschluß zu § 379 III StPO nahm die im Jahre 1952 noch herrschende Meinung an, der arme Antragsteller könne im Klageerzwingungsverfahren kein Armenrecht beanspruchen [1]. Man sah zwar, daß der arme Antragsteller benachteiligt war, nahm dies aber als gewollte Entscheidung des Gesetzgebers hin und hatte keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Helfen könne nur der Gesetzgeber.
Eine im Wachsen begriffene Mindermeinung dagegen hielt diese Auslegung der h.M. als Verstoß gegen Art. 3 I GG für verfassungswidrig und befürwortete die verfassungskonforme analoge Anwendung der §§ 114 ff. ZPO schon de lege lata [2].

II. 1. Mit ihrem Entwurf des 3. StrRÄG vom September 1952 strebte die Bundesregierung unter anderem die Bereinigung von Streitfragen des geltenden Rechts an [3]. Zur Beendigung des Streits um das Armenrecht des Antragstellers im Klageerzwingungsverfahren schlug sie vor, dem § 172 III 2 einen Satz anzufügen,

---

1) Vgl. die bei Dallinger JZ 1953,440 Anm. 68 angegebenen Stimmen (fast alle Oberlandesgerichte); Loewe-Rosenberg (19) § 172 Anm. 8 c; KMR (1) § 172 Anm. 6 e.

2) OLG Karlsruhe JZ 1952,284; Schwarz (15) § 172 Anm. 2 A b; Dahs NJW 1952,1269; Pfeiffer NJW 1953,571; Niese JZ 1952,267.

3) RegEntw BT-Drs I/3713 S. 19.

der das zivilprozessuale Armenrechtsverfahren für anwendbar erklärte. Diese Änderung sei aus Billigkeitsgründen notwendig [4]. Der Bundesrat dagegen hielt es für "unsystematisch und unnötig", das dem Strafprozeß nur im Privatklageverfahren bekannte Armenrecht auch bei § 172 einzuführen. Er wollte den Anwaltszwang beseitigen und auch einen Klageerzwingungsantrag zur Niederschrift der Geschäftsstelle zulassen [5].

2. Fast zur selben Zeit wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des OLG Nürnberg vom 3.9.1952 beim BVfG anhängig. Das OLG hatte entsprechend der h.M. den Antrag auf Beiordnung eines Armenanwalts im Klageerzwingungsverfahren als unzulässig verworfen.
Der Bundesjustizminister meinte in einer Stellungnahme zu der Verfassungsbeschwerde [6], es sei zweifelhaft, ob die Versagung des Armenrechts gegen Art. 3 GG verstoße. Er verwies auf den Regierungsentwurf des 3. StrRÄG, der die "unbillige Beschwer" armer Antragsteller beseitige.

3. Der Bundestag beschloß in der zweiten und dritten Beratung des 3. StrRÄG [7] ohne jegliche Meinungsverschiedenheit die vom Regierungsentwurf vorgesehene Änderung des § 172 III 2 StPO.

4. Am 17.6.1953 - sieben Tage nach der dritten Beratung des 3. StrRÄG im Bundestag - gab das BVfG der Verfassungsbeschwerde statt [8]. Art. 3 GG habe auch schon vor der Gesetzesänderung die Gewährung des Armenrechts gefordert.

III. 1. Nach dem Zeitablauf darf als sicher gelten, daß der Anstoß zur Änderung des § 172 III 2 StPO nicht vom BVfG ausging. Doch ist genauso klar, daß das beim BVfG anhängige Verfahren dem Gesetzgeber die Dringlichkeit der Regelung deutlich machte.

2. Dieses selbständige Handeln betrifft lediglich einen Nebenpunkt.
Es ist einer der Punkte, die man ins 3. StrRÄG als Anhängsel aufnahm. Das Gesetz wollte vornehmlich das materielle Strafrecht bereinigen. Die StPO wurde

---

4) BT-Drs I/3713 S. 52; ebenso in der 2. Beratung des 3. StrRÄG, 265. Sitzung des 1. BT vom 12.5.1953, Sten.Ber. S. 12998.

5) Anl. 2 zu BT-Drs I/3713, S. 65.

6) BVfGE 2,336(337 f.).

7) 2. Beratung: 265. Sitzung des 1. BT v. 12.5.1953, Sten.Ber. S. 12998, 13000; 3. Beratung: 269. Sitzung v. 10.6.1953, Sten.Ber. S. 13276.

8) E 2,336.

in der Regel nur geändert, soweit Änderungen des materiellen Strafrechts dies nötig machten. Ausnahmen wurden nur in kleineren Fragen gemacht, die die Verabschiedung des 3. StrRÄG nicht aufhielten 9) 10). Diese kleinen Regulierungen der StPO verdanken ihre Entstehung also nur der gerade anstehenden Änderung des materiellen Strafrechts. Sie allein wären dem Gesetzgeber kaum als bedeutend genug für eine eigenständige Novellierung der StPO erschienen.

9) RegEntw des 3. StrRÄG, BT-Drs I/3713, S. 18 f.

10) Ein ähnlicher Fall ist die Änderung des § 308 I StPO, s. u. S. 105 (§ 10 II 3 b). Zu sonstigen Verbesserungen der StPO auf verfassungsrechtlichem Gebiet im 3. StrRÄG s. u. S. 131 (§ 13 A V 2).

§ 7
DIE BESCHRÄNKUNG DER VERWENDUNG VON HILFSRICHTERN

Nach §§ 10 II und 70 II GVG in der Fassung vor dem DRiG vom 8. 9. 1961 durften an Amtsgerichten und Landgerichten neben den Richtern auf Lebenszeit alle zum Richteramt Befähigten als Hilfsrichter verwendet werden. Nach § 118 GVG, der durch das DRiG aufgehoben wurde, durften an den Oberlandesgerichten nur auf Lebenszeit ernannte Richter zu Hilfsrichtern berufen werden.
Seit dem DRiG erlauben §§ 10 II und 70 II GVG neben Richtern auf Lebenszeit an Amtsgerichten und Landgerichten nur noch die Verwendung von Richtern auf Probe [1] und Richtern kraft Auftrags [2]. Außerdem läßt § 37 DRiG die Abordnung von auf Lebenszeit ernannten Richtern an ein anderes Gericht zu, auch an ein OLG, nicht aber an den BGH. Seit dem DRiG gibt es also nur noch drei in festen Tatbeständen gekennzeichnete Richtergruppen neben den Richtern auf Lebenszeit: Gerichtsassessoren (Richter auf Probe), Richter kraft Auftrags, abgeordnete Richter.
Wie die früheren Hilfsrichter (so der Begriff in § 10 II GVG a. F.) stehen auch diese drei Richtergruppen nicht hauptamtlich und planmäßig endgültig in ihren Stellen, sie besitzen somit nicht die volle persönliche Unabhängigkeit (arg. aus Art. 97 II GG). Sie werden deshalb im folgenden zusammenfassend ebenfalls Hilfsrichter genannt [3].

I. Die Ansichten zur Zulässigkeit von Hilfsrichtern

1. Schon früh hatte das BVfG entschieden [4], daß das GG auch nicht fest angestellte Richter zuläßt. Das sei aus Art. 97 II GG zu schließen. Nur betonte das BVfG ebenso deutlich [5], daß, obwohl sich aus Art. 97 II nichts Derartiges ergibt, als selbstverständlich davon auszugehen sei, daß die Gerichte, soweit Berufsrichter tätig werden, grundsätzlich mit hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern besetzt sind, daß also der unversetzbare und unab-

---

1) D. h. Gerichtsassessoren, §§ 12, 13 DRiG.
2) Zum Begriff vgl. §§ 14 ff. DRiG.
3) Der Unterschied zu den Hilfsrichtern alter Art besteht darin, daß die Absetzbarkeit und Versetzbarkeit der neuen Hilfsrichtergruppen engeren Grenzen unterliegt als früher; vgl. §§ 12 f., 14 ff. DRiG. Für die Frage der Zulässigkeit von Hilfsrichtern ist dieser Unterschied ohne Belang.
4) E 3, 213(224) v. 17. 12. 1953.
5) E 4, 331(345) v. 9. 11. 1955.

setzbare Richter vom GG als Regelfall angesehen wird [6]. Die Heranziehung von Hilfsrichtern darf demnach "nur in den Grenzen erfolgen, die sich nach verständigem Ermessen aus der Notwendigkeit, Nachwuchs heranzubilden, oder aus anderen zwingenden Gründen ergeben" [5].

2. Der BGH sprach ähnliches aus [7]: Bei den Gerichten dauernd vorhandene richterliche Aufgaben müßten grundsätzlich durch festangestellte Richter wahrgenommen werden. Hilfsrichter dürften nur herangezogen werden zur notwendigen Vertretung bei Krankheit, Urlaub, bei vorübergehenden Änderungen, bei unvorhergesehenem Geschäftsanfall, schließlich zur Ausbildung und Einarbeitung des richterlichen Nachwuchses [8]. Diese Grundsätze folgten aus der Forderung nach richterlicher Unabhängigkeit und dem Bedürfnis nach Stetigkeit der Rechtspflege.

3. Trotz dieses gemeinsamen Ausgangspunkts war man sich über die in der Praxis daraus zu ziehenden Folgerungen keineswegs einig. Besonders umstritten war die Frage, ob die Kammern der Landgerichte mit zwei oder nur mit einem Hilfsrichter tätig werden durften.

a) Der BGH verfolgte in den genannten Urteilen eine sehr flexible Rechtsprechung, die nicht darauf abstellte, ob beim einzelnen Spruchkörper ein oder zwei Hilfsrichter tätig wurden, sondern den Einzelfall betrachtete.
Auch die unteren Gerichte urteilten ähnlich [9].

b) Diese Rechtsprechung wurde insbesondere von Kern [10] angegriffen, der forderte, die Gerichte sollten die Mitwirkung von zwei Hilfsrichtern in einem Spruchkörper immer als Verstoß gegen Art. 97 II und 101 I 2 GG ansehen.

---

6) Allgemeine Meinung, z.B. Bettermann BNS S. 635; Kern JZ 1956,166 und Gerichtsverfassungsrecht (3) S. 154 f.; vgl. auch die im folgenden angeführte Rechtsprechung.

7) BGHSt 8,159 (v. 29.9.1955); 9,107 (v. 13.3.1956).

8) Daß der BGH bei den bis zur Jahresmitte 1954 ergangenen Urteilen der Untergerichte wegen der besonderen Lage der Einzelfälle (Übergangszeit) Ausnahmen von seinen Grundsätzen machte, ist unerheblich. Vgl. dazu Sarstedt DRiZ 1960,349: ".... vorn bellte und hinten mit dem Schwanz wedelte".

9) Z.B. OLG Hamm v. 26.8.1955 JZ 1956,540.

10) Urteilsanmerkungen in JZ 1956,167 (zu BGHSt 8,159), JZ 1956,541 (zu OLG Hamm, s. Fn 9), JZ 1956,542 (zu BGHSt 9,107); Gerichtsverfassungsrecht (3) S. 155.

c) Ungeachtet dieser Angriffe bestätigte der Große Strafsenat des BGH die bisherige Rechtsprechung in einem Beschluß des Jahres 1960 [11]. Der 4. Strafsenat hatte über eine Revision gegen ein Urteil einer großen Strafkammer zu entscheiden. Diese Strafkammer war mit bloß zwei ständigen Richtern und zunächst zwei, später drei Hilfsrichtern besetzt. Ihr Urteil gegen den Revisionsführer hatte sie in der Besetzung mit einem planmäßigen Richter und zwei Hilfsrichtern gefällt. Der 4. Strafsenat hielt die Mitwirkung von zwei Hilfsrichtern nicht für generell unzulässig. Er hielt die große Strafkammer aber deshalb für falsch besetzt, weil sie nur mit zwei Planrichtern besetzt war. Das hatte zur Folge, daß immer mindestens ein Hilfsrichter mitwirken mußte und oft sogar zwei.
Wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung (§ 137 GVG) legte der 4. Strafsenat die Frage dem Großen Senat für Strafsachen vor.
Der Große Strafsenat teilte die Meinung des 4. Senats nicht. Es genüge, daß am gesamten Gericht eine der erkennbaren Dauerbelastung entsprechende Zahl an festangestellten Richtern bestehe. Die Besetzung der dritten Richterstelle mit einem Hilfsrichter verstoße nicht gegen den Grundsatz der nur vorübergehenden Verwendung von Hilfsrichtern. Hilfsrichter dürften "auch mit Daueraufgaben beschäftigt werden", nur nicht "auf die Dauer". Die Stetigkeit der Rechtsprechung und die Unabhängigkeit der Gerichte würden zwar durch die Verwendung von Hilfsrichtern eingeschränkt, aber nicht in unzulässiger Weise. Auf diese Einschränkung, die "als praktisch notwendiges Übel in Kauf genommen werden muß" [12], könne "man für unsere Gerichtsverfassung nicht verzichten".
Die Konsequenz dieser Ansicht, daß die Kammer, die aus zwei Planrichtern und - je nach Überbesetzung - zwei oder drei Hilfsrichtern besteht, oft in der Besetzung mit zwei Hilfsrichtern tätig wird, nahm der Große Senat ohne Bedenken hin.
Gegen den Beschluß des Großen Strafsenats und das auf diese Entscheidung hin ergangene Urteil des 4. Strafsenats erhob der Angeklagte des Ausgangsfalls im Dezember 1960 Verfassungsbeschwerde. In einem ähnlich liegenden Fall, in dem auch zwei Hilfsrichter in einer LG-Kammer mitgewirkt hatten, wurde im Juni 1961 eine Verfassungsbeschwerde anhängig [13].

d) Eb. Schmidt begrüßte die Entscheidung des BGH [14]. Zwar würden strengere Vorschriften "einen heilsamen Zwang auf die Landesparlamente und -justizverwaltungen ausüben, Hilfsrichter wirklich nur als "Hilfs"-Richter einzusetzen".

---

11) BGHSt GS 14,321 v. 2.5.1960.
12) Der BGH zitiert hier BGHZ 22,142(144) und (sinngemäß) den RegEntw zur VwGO BT-Drs III/55 S. 28 (Begründung zu §§ 15-19).
13) Vgl. BVfGE 14,156(158,160).
14) JZ 1961,61.

Aber der Große Senat habe es "völlig zu Recht nicht als seine Aufgabe angesehen, Justizpolitik zu treiben". Damit erhob Eb. Schmidt den Ruf nach einem Handeln des Gesetzgebers.

II. Die Reaktion des Gesetzgebers

1. Der Gesetzgeber sah eine verhältnismäßig unsichere Rechtslage vor sich. Die Gerichte behielten zwar eine ziemlich einheitliche Rechtsprechung in bezug auf die Verwendung von Hilfsrichtern bei. Sie gab aber den Justizverwaltungen keine festen Maßstäbe.
Daß die Hilfsrichter nicht ohne Not ungleich auf die Gerichte verteilt werden durften, konnte man noch als klar ansehen. Die Entscheidung aber, ob die generalklauselartigen Gründe, mit denen die Mitwirkung von Hilfsrichtern zugelassen wurde, im Einzelfall zur Zulässigkeit von einem oder zwei Hilfsrichtern als Mitgliedern eines Spruchkörpers führten, stand nie sicher fest. Es bestand deshalb die Gefahr der erfolgreichen Anfechtung vieler in der Regel sachlich richtiger Urteile mit der Besetzungsrüge. Zur Unsicherheit der Rechtslage kam also die Gefahr nutzloser Mehrarbeit der Gerichte hinzu.

2. Der Gesetzgeber ging alsbald daran, die Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Im Regierungsentwurf zur VwGO von 1957 [15] sah die Bundesregierung vor, daß in der Regel nur Richter auf Lebenszeit an einem Gericht tätig werden durften und daß höchstens ein Hilfsrichter in einem Spruchkörper mitwirken durfte. Den Spruchkörpern konnten danach zwar zwei Hilfsrichter angehören (wenn die Spruchkörper, wie regelmäßig, überbesetzt waren), entscheiden durften sie aber nur mit höchstens einem Hilfsrichter [16]. Als Begründung gab die Bundesregierung an, die Vorschriften seien geschaffen als Sicherheit gegen die Aushöhlung der Unabhängigkeit [17]. Auch die Regierungsentwürfe zum DRiG von 1957 und 1958 [18] enthielten dieselben Bestimmungen. Die Begründung zum Regierungsentwurf 1958 betonte [19], in der Rechtsprechung der letzten Jahre sei der Grundsatz anerkannt, daß die Verwendung von Hilfsrichtern nach dem Grundgedanken des Art. 97 GG nur zulässig sei, soweit besondere Gründe vorlägen, und auch dann nur in be-

---

15) BT-Drs III/55 §§ 18, 19. Diese Bestimmungen des Entwurfs wurden mit der VwGO v. 21.1.1960 als §§ 17 und 18 II Gesetz.

16) Eyermann-Fröhler (3) § 18 VwGO Anm. 1; Schmidt-Räntsch § 29 DRiG Rn 3.

17) BT-Drs III/55 S. 29.

18) §§ 9, 10 RegEntw 1957 (DRiZ 1957, 122 ff.); §§ 24, 25 I RegEntw 1958 (BT-Drs III/516); (jetzt §§ 28, 29, 1 DRiG).

19) BT-Drs III/516 S. 40 f. (zu §§ 24, 25).

schränktem Umfang. Die Begründung nahm ausdrücklich auf BVfGE 4,331(345) und BGHSt 8,159 Bezug. Mit den §§ 24 und 25 des Entwurfs werde dieser "allgemeine Grundsatz des Gerichtsverfassungsrechts .... in eine konkrete Norm übergeführt".
Die Bundesregierung sah zunächst auch Bestimmungen vor [20], wonach ein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung nicht einziger Berufsrichter sein sollte und eine bestimmte Verhältniszahl zwischen Hilfsrichtern und festangestellten Richtern nicht überschritten werden sollte [21]. Die Bundesregierung gab in der Begründung [22] an, Abs. III des vorgesehenen § 25 solle den Grundsatz der Ernennung auf Lebenszeit "gegen Aushöhlung auf anderen Wegen" schützen. Er entspreche einem bewährten Grundsatz des österreichischen Gerichtsverfassungsrechts (§ 3 österr. GVG). Der Bundesrat äußerte Bedenken gegen die Absätze II und III, gegen Abs. III, weil durch ihn zu weitgehend in die Organisationsgewalt der Länder eingegriffen werde [23]. Der Rechtsausschuß des Bundestags trug diesen Bedenken Rechnung und schlug die Streichung der Absätze II und III vor [24]. Der Bundestag bestätigte ohne Diskussion [25] die Rechtsausschußfassung des § 25,1, der als § 29,1 im DRiG vom 8.9.1961 steht.

III. BVfGE 14,156

Zehn Monate später entschied das BVfG [26] über die oben genannten Verfassungsbeschwerden.
Es vertrat wieder, wie in E 4,331(345), die Ansicht, das GG gehe vom Regelfall des hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richters aus, der sachlich und persönlich voll unabhängig sei.

---

20) § 9 II, III RegEntw 1957; § 25 II, III RegEntw 1958 (DRiZ 1957,122; BT-Drs III/516).

21) § 25 II: Im ersten Jahr nach seiner Ernennung soll ein Richter auf Probe in der Regel nur gemeinsam mit anderen Richtern entscheiden.
III: Die Zahl der Richter auf Probe und der Richter kraft Auftrags darf für jeden Gerichtszweig in einem Land insgesamt 20 % der Planstellen für Richter nicht überschreiten.

22) BT-Drs III/516 S. 41.

23) BT-Drs III/516 S. 71. Die Bundesregierung hielt trotzdem fast unverändert an ihrem Vorschlag fest, Drs III/516, S. 76.

24) BT-Drs III/2785 S. 14 und 37.

25) 1. Beratung, 45. Sitzung des 3. BT v. 16.10.1958 Sten.Ber. S. 2515;
2. u. 3. Beratung, 162. Sitzung des 3. BT vom 14.6.61, Sten.Ber. S. 9367(9371,9372 ff.).

26) E 14,156 v. 3.7.1962.

Gerichtsassessoren und andere Hilfsrichter dürften deshalb nur herangezogen werden, soweit dies zur Ausbildung des richterlichen Nachwuchses oder aus anderen zwingenden Gründen nötig sei. Diese Notwendigkeiten seien bei den einzelnen Gerichtszweigen, Gerichten und Spruchkörpern örtlich und zeitlich verschieden In konsequenter Befolgung dieses Satzes legte sich das BVfG in der Frage, wieviel Hilfsrichter in einem Kollegialgericht mitwirken dürfen, nicht fest. Aus dem GG sei "weder abzuleiten, daß jedenfalls ein Hilfsrichter beigezogen werden, noch, daß niemals mehr als ein Hilfsrichter an einer gerichtlichen Entscheidung mitwirken (dürfe)" (S. 163).
Das Gericht fügte zwar hinzu, in der Praxis werde sich ergeben, daß ein Hilfsrichter im allgemeinen zulassig ist und zwei Hilfsrichter in aller Regel gegen das GG verstoßen. Es brachte jedoch selbst gar nicht fernliegende Beispiele für eine zulässige Mitwirkung von zwei Hilfsrichtern (S. 169, 173). Das BVfG fuhr fort, dem genannten Regelfall - der Zulässigkeit nur eines Hilfsrichters - trage § 29 DRiG Rechnung.

IV. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers

Diese geschilderte Entwicklung zeigt, wie der Einfluß des BVfG auf den Gesetzgeber sich in etwa auswirken soll, wie weit der Gesetzgeber sich an das BVfG halten und nach ihm schauen soll und von welchem Zeitpunkt der Durchdringung eines Problems an der Gesetzgeber eigenständig weiterhandeln muß.

1. Das BVfG hatte im Verein mit der allgemeinen Meinung einen Grundsatz aufgestellt. Dieser brachte in seiner weiten Fassung keine eindeutigen Richtlinien für die Justizverwaltungen und gerichtlichen Geschäftsverteilungsorgane, die sich mit der Frage beschäftigten, wieviele Hilfsrichter einem Gericht höchstens angehören durften und wieviele in einem Spruchkörper höchstens mitwirken durften.

2. Daß diese Rechtsunsicherheit bestand, ist den Gerichten nicht vorzuwerfen. Die Forderung von Kern [10], Festzahlen aufzustellen, verdient zwar volle Zustimmung, aber die Aufstellung von Festzahlen war nicht Sache der Gerichte.

a) Aus Art. 92 und 97 GG und dem GVG konnten die ordentlichen Gerichte nicht mehr als den geschilderten allgemeinen Grundsatz herausarbeiten, und aus diesem allgemeinen Grundsatz konnten sie keine Fest- oder Höchstzahl herauslesen, ohne über ihre Befugnisse hinauszugehen. Der Richter ist grundsatzlich zur Rechtsanwendung berufen; bei der Rechtsfortbildung, bei "richterlicher rechtsschöpferischer Gestaltung soll er sich ein gebührendes Maß kluger Zurückhaltung auferlegen" [27]. Die Äußerung Eb. Schmidts [14], daß es nicht Sache der

27) Herschel JZ 1967, 727(736).

Gerichte sei, Justizpolitik zu treiben, geht in dieselbe Richtung.

b) Noch viel weniger durfte man vom BVfG erwarten, daß es die Rechtsunsicherheit durch die Festlegung einer höchstzulässigen oder starren Zahl von Hilfsrichtern beseitigte. Entscheidungen des BVfG haben noch weit mehr als die der ordentlichen Gerichte im Grundsatzlichen zu verbleiben. Das BVfG legt bloß die Verfassung aus, nicht auch die einfachen Gesetze [28], und hat so noch weit weniger Anhaltspunkte für eine Festzahl als die ordentlichen Gerichte, die zusätzlich auch Bestimmungen des GVG auswerten können.
Es war also tatsachlich der Gesetzgeber, der allein die Unsicherheit durch die Festlegung einer Höchstzahl beseitigen konnte.

3. Diesmal handelte der Gesetzgeber rechtzeitig und sachlich richtig.
a) Er wartete nicht ab, ob das BVfG die Frage selbst entscheiden würde, wie er es im Fall der Strafbefugnis der Finanzämter und der Überbesetzung [29] tat.

b) Der Hinweis der Bundesregierung, daß sie die allgemeinen Grundsätze konkretisieren und der Praxis Sicherheit geben wolle [19], zeigt, daß die Bundesregierung hier die Aufgabe des Gesetzgebers, das GG auszufüllen [30], gesehen und richtig gelöst hat. Mit §§ 17, 18 VwGO und §§ 28, 29 DRiG wurden praktikable und nicht zu subtile Vorschriften gefunden.

4. Wie sich dieses rechtzeitige und auch dem Inhalt nach richtige Verhalten des Gesetzgebers auf die Entscheidungen des BVfG ausgewirkt hat, zeigt ein Vergleich mit der Frage der Überbesetzung [31].
In der Frage der Hilfsrichter wie der Überbesetzung ging es darum, aus wenigen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten eine Höchst- oder Festzahl auszuwählen und so die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Dieses formale Problem war trotz der sachlichen Unterschiede dasselbe.
In der Frage der Überbesetzung hatte der Gesetzgeber es versaumt, die Frage vor den Entscheidungen des BVfG praktikabel zu lösen; bald darauf stellte das BVfG Festzahlen auf, die aus der Verfassung nicht abzulesen waren [32]. In der Frage der Mitwirkung von Hilfsrichtern in Kollegialgerichten setzte der Gesetzgeber eine Höchstzahl fest; das BVfG unterließ in seiner nachfolgenden Entscheidung eine solche Aufstellung einer Höchstzahl und verwies auf die gesetzliche Rege-

---

28) St. Rspr. des BVfG seit E 1, 418(420); z. B. 3, 213 (Leitsatz 2); 4, 1(7); 6, 7(10); 7, 53(56).
29) S. o. S. 52 (§ 4 II 5 b) und unten S. 123 ff. (§ 12 IV).
30) Rupp Gutachten S. 206, s. o. S. 36 f. (§ 3 II 3).
31) S. o. S. 50 ff. (§ 4 II 4 und 5).
32) E 17, 294(301); 18, 344(350).

lung. Das zeigt: Der Gesetzgeber muß seine Aufgaben rechtzeitig erfüllen. Dann werden die Gerichte - hier: das BVfG - nicht dazu veranlaßt, die Justizpolitik selbst in die Hand zu nehmen. Die Gerichte können selbst dazu beitragen, den Gesetzgeber zum richtigen Verhalten zu bringen, indem sie sich weigern, vom Gesetzgeber gelassene Lücken als eine Art Ersatzgesetzgeber auszufüllen [33].

Noch weitere Vorteile brächte es mit sich, wenn der Gesetzgeber öfter und schneller die allgemeinen Aussagen des GG in den einfachen Gesetzen konkretisierte. Dem Gesetzgeber könnte dann nicht mehr so oft vorgeworfen werden, er lasse es geschehen, daß die Interessen der Rechtsunterworfenen bloß nach den allgemeinen Grundsätzen der Verfassung und nicht in genauen und klaren Bestimmungen der Gesetze geschützt sind.
Schließlich wäre das Verhalten der Gerichte und Behörden nicht mehr so häufig dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt. Somit wäre ein gutes Stück an Rechtssicherheit gewonnen.

---

33) Herschel JZ 1967, 727(736): "Nur wenn sich die Judikatur.... nicht in eine solche Aschenbrödelrolle hineinlocken läßt, wird sich der Gesetzgeber mehr auf seine Aufgabe besinnen und die Balance zwischen den Staatsgewalten besser wahren."

§ 8
DIE GESETZGEBUNG ZUM ÜBERMASSVERBOT BEI DER UNTERSUCHUNGSHAFT IM STPÄG VON 1964

I. Die Entwicklung in der Gesetzgebung vor dem StPÄG

Die Frage einer Liberalisierung des Rechts der Untersuchungshaft stand seit der ersten Stunde unserer Gesetzgebung nach dem Zweiten Weltkrieg im Mittelpunkt der Diskussionen um eine Strafprozeßrechtsreform.

1. Das VereinhG von 1950 wollte in erster Linie den Zustand wieder herstellen, der vor der Zeit des Nationalsozialismus bestand [1]. Daneben wurde die StPO in beschränktem Umfang an das GG angepaßt, regelmäßig nur, wenn das GG direkte Befehle aufstellte, wie z. B. Art. 104 für die Freiheitsentziehung [2]. Das führte zu den folgenden wichtigsten Änderungen im Recht der Untersuchungshaft [3]:

Das Gesetz beseitigte wieder den Haftgrund der "Gefahr des Mißbrauchs der Freiheit zu neuen Straftaten" [4]. Freilich wurde dabei in der Begründung des Guten zuviel getan [5]: der Haftgrund der Wiederholungsgefahr sei "mit rechtsstaatlichem Denken nicht vereinbar" [6].

---

1) Begründung zum RegEntw, BT-Drs I/530 S. 3, 13 u. 33; Gerner NJW 1950, 722.

2) BT-Drs I/530 S. 33.

3) VereinhG Art. 3 Nr. 44-50, BGBl 1950, 483 f. Übersichten über die Änderungen bringen Dallinger SJZ 1950, 732 (737 ff.) und Gerner NJW 1950, 722 (727). Vgl. auch den RegEntw des VereinhG BT-Drs I/530, Begründung zu Art. 3, S. 33 f. und S. 37 ff.

4) § 112 I a.E., eingeführt durch Gesetz vom 28. 6. 1935 (RGBl I 1935, 844). Der zweite durch dieses Gesetz eingeführte Haftgrund, der der Schwere der Tat und der Erregung der Öffentlichkeit, war in den Westzonen gleich nach Kriegsende von den Alliierten beseitigt worden:
§ 112 StPO in der Fassung der
Strafrechtspflegeordnung 1946 (Amerikanische Zone),
Allgemeinen Anweisungen für Richter Nr. 2 (Britische Zone),
Rechtsanordnung über Gerichtsverfassung und Verfahren (Französische Zone);
(Nachweise in DRZ 1946, 195).
Die sowjetisch besetzte Zone kannte keine gesetzliche Regelung. Die Gerichte stritten um die Weitergeltung des Haftgrundes: OLG Dresden NJW 1949, 234 (bejahend); OLG Gera NJ 1947, 221 (verneinend).

5) So auch Baumann JZ 1962, 689 (691).

6) Begründung zum RegEntw BT-Drs I/530 S. 37.

Die Haftgründe des Fluchtverdachts und der Verdunkelungsgefahr wurden "mit Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung der Freiheit der Person (Art. 2 II, 104 GG)" [6] präzisiert.
Außerdem wurde § 113 StPO (Einschränkung der Untersuchungshaft in Bagatellfällen) wieder eingeführt. Durch § 114 a I (Benachrichtigung von der Verhaftung) und §§ 128, 129 StPO (vorläufige Festnahme) wurden die Konsequenzen aus Art. 104 GG gezogen.

2. Das 3. StrRÄG von 1953 brachte im Recht der Untersuchungshaft nur noch eine kleine Korrektur des § 117 StPO. Diese Zurückhaltung entsprach ganz dem Ziel des Entwurfs, hauptsächlich das materielle Strafrecht zu ändern [7]. Immerhin war mit der Neufassung des § 117 deutlich gesagt, daß die wegen Fluchtverdachts angeordnete Untersuchungshaft nicht vollzogen werden darf, wenn die Fluchtgefahr auch durch andere Maßnahmen beseitigt werden kann. Eine Aussetzung des Vollzugs der Untersuchungshaft bei Verdunkelungsgefahr war dagegen nicht vorgesehen. -

Man kann den § 117 als eine Ausprägung des Erforderlichkeitsgrundsatzes bezeichnen. Dieser Grundsatz ist Teil des Übermaßverbots, das aus den Komponenten des Erforderlichkeits- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besteht.

a) Der Erforderlichkeitsgrundsatz besagt, daß der hoheitlich handelnde Staat von mehreren gleich geeigneten Maßnahmen nur die mildeste ergreifen darf.

b) Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muß selbst der mildeste Eingriff unterbleiben, wenn er einen im Verhältnis zum angestrebten Erfolg oder anderen sachlichen Bezugspunkten unangemessen großen Nachteil mit sich bringt [8].

---

7) RegEntw BT-Drs I/3713 S. 18, 19.

8) Die hier vorgenommene Bildung des Begriffs "Übermaßverbot" als Oberbegriff und seine Zerlegung in den Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfolgt im Anschluß an Lerche, Übermaß, insbes. S. 19-21. Der Begriffsbildung von Lerche ist der Vorzug zu geben gegenüber dem vieldeutigen Begriff der "Verhältnismäßigkeit", bei dessen Nennung man immer hinzufügen muß, was man eigentlich meint.
Bachof, Verfassungsrecht II S. 300 Anm. 114, wirft dem BVfG zurecht vor, daß es die Begriffe nicht einheitlich verwendet (weitere, von Bachof nicht genannte Beispiele: E 19, 342(347 ff.); 22, 114(123); 15, 226(234)).

II. Der Stand der Meinungen in der Literatur vor dem StPÄG

1. Der Erforderlichkeitsgrundsatz

Die Geltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes auch im Recht der Untersuchungshaft war und ist unbestritten. Auch seine Anwendung im Einzelfall ist im allgemeinen nicht sehr problematisch. Allerdings führte dieser Grundsatz, diesmal eng verwoben mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, im Jahr 1965 zu einem aufsehenerregenden Streit um die Aussetzung des Vollzugs eines auf § 112 IV StPO (in der Fassung des StPÄG) gestützten Haftbefehls [9].

2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Untersuchungshaft galt, darüber sagte die StPO expressis verbis fast gar nichts.
Hinweise auf einen solchen Grundsatz gab die StPO in den Bestimmungen über die Untersuchungshaft lediglich in § 113, aus dem man eine Einschränkung der Untersuchungshaft in Bagatellsachen entnehmen konnte. Gleichwohl wurde auch schon vor dem StPÄG fast allgemein die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angenommen, jedoch, bei der Weite des Begriffs verständlich, aus verschiedenen Gründen und in verschiedenem Umfang.

a) Als Geltungsgründe für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den Untersuchungshaftbestimmungen der StPO wurden - einzeln oder kumulativ - herangezogen:
§ 113 StPO; er beweise, daß der Gesetzgeber die Geltung des Grundsatzes gewollt habe [10];
Art. 5 III 2 MRK, der auf eine Aburteilung in angemessener Frist drängt [11];
schließlich die grundsätzliche Stellung des Art. 2 II 2 GG und das Rechtsstaatsprinzip, von dessen Zweigen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer sei [12].
Eigenartigerweise war es Eb. Schmidt, der dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine ziemlich bedeutungslose Stellung gab, bloß als allgemeine, dem richterlichen nicht nachprüfbaren Ermessen anheimgestellte Direktrive [13]. Diese Aus-

---

9) S. u. V.

10) Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 7; Loewe-Rosenberg §§ 112, 113 Anm. 6; Jescheck GA 1962, 65 (68, Anm. 16); Baumann, Festschrift S. 525 (535); RegEntw des StPÄG, BT-Drs IV/178 S. 16, 22.

11) Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 7; Art. 5 MRK Anm. 4; Loewe-Rosenberg §§ 112, 113 Anm. 6; Jescheck GA 1962, 65 (68 Anm. 16); Baumann JZ 1962, 649 (651) u. Festschrift S. 535.

12) Baumann, Festschrift S. 535; Jescheck GA 1962, 65 (68 Anm. 16); Schwarz-Kleinknecht (24) Einl. 1 E.

13) Lehrkomm. II § 112 Rn 21, im Anschluß an Lobe-Alsberg § 112 I 3 b (S. 10) und Kohlrausch JW 1925, 1440 (1442).

legung sei nötig mit Rücksicht auf das Legalitätsprinzip und, um den Richter nicht der Gefahr einer Strafbarkeit nach § 341 StGB (Freiheitsberaubung) auszusetzen. § 113 StPO sei keine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Seine Existenz beweise gerade, daß die Untersuchungshaft nach der StPO auch in Bagatellfällen zulässig sei [14].

b) Zwar wird es nicht immer ausgesprochen, aber aus der Art der Stellungnahmen wird es in den meisten Fällen deutlich, daß die Autoren den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht nur für eine Begrenzung der Dauer der Untersuchungshaft bemühen, sondern seine Geltung auch für das "Ob" der Untersuchungshaft bejahen [15].

Daraus wurden auch Konsequenzen für die existenten und mögliche neue Haftgründe gezogen:
Daß die Untersuchungshaft zulässig ist, um die Flucht oder die Beseitigung von Beweismitteln (die Verdunkelung) zu verhindern, war und ist fast unbestritten. Gegen § 112 II 2 StPO in der Fassung vor dem StPÄG, der bei Verdacht von Verbrechen und im Fall der Verhaftung von nicht seßhaften Verdächtigen die Begründung des Fluchtverdachts für unnötig erklärte, wurden allerdings Bedenken erhoben, weil der Inhaftierte nur schwer Fakten für ein erfolgversprechendes Rechtsmittel gegen den Haftbefehl in die Hand bekam [16].
Gegen neue Haftgründe wandte sich vor allem Baumann [17]. Er griff den Haftgrund der Wiederholungsgefahr als nicht ins Recht der Untersuchungshaft passend an (S. 692 f.). Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz könne man weder für noch gegen diesen Haftgrund argumentieren. Der Haftgrund der Erregung der Öffentlichkeit verstoße unter anderem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, denn die Untersuchungshaft dürfe nur der Durchsetzung des Strafanspruchs dienen (S. 652).

c) Auch darüber, welches das andere Glied bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sein solle, bestand keine Einigkeit. Herangezogen wurden die Verhältnismäßigkeit zu der zu erwartenden Strafe [18], zur Schwere der Tat [19], zur

---

14) Widerlegung durch Baumann, Festschrift S. 535.
15) So ausdrücklich Schwarz-Kleinknecht (24) Art. 5 MRK Anm. 4.
16) Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 8 B.
17) JZ 1962, 649 ff. und 689 ff.
18) Von Baumann JZ 1962, 649(651/52) als wichtigster Bezugspunkt bezeichnet. Jescheck GA 1962, 65(68 Anm. 16); Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 7.
19) Z.B. Loewe-Rosenberg §§ 112, 113 Anm. 6; von Baumann JZ 1962, 649(652) als bedenklich angesehen.

Schwierigkeit der Aufklärung der Tat und der Durchführung des Verfahrens [20]. Es herrschte die Meinung vor, daß immer eine Gesamtwürdigung des Falls und aller seiner Gesichtspunkte entscheiden müsse, ob die Untersuchungshaft angeordnet oder abgelehnt wird [21].

d) Im allgemeinen wurde die negative Fassung des Grundsatzes vorgezogen. Danach war die Untersuchungshaft unzulässig, wenn sie zu den genannten Bezugspunkten außer Verhältnis stand; es wurde nicht verlangt, daß sie in angemessenem Verhältnis zu ihnen stand [22].

III. Die Rechtsprechung des BVfG vor dem StPÄG

Zum Übermaßverbot bei der Untersuchungshaft gab es bis zum ersten Regierungsentwurf des StPÄG von 1960 nur eine Entscheidung des BVfG vom Januar 1960 [23]. Das BVfG ging von einer Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, vor allem für die Dauer der Untersuchungshaft, aus. Es bemerkte einschränkend, daß grundsätzlich nur die ordentlichen Gerichte, nicht das BVfG, nachprüfen können, ob die Dauer der Untersuchungshaft zur zu erwartenden Strafe im rechten Verhältnis steht. Indessen, daß die Zweck-Mittel-Relation, die im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Ausdruck kommt, nach der Auffassung des BVfG bei allen Eingriffen in die Grundrechte, somit auch im Strafprozeß, von Bedeutung ist, das konnte man auch aus den um 1960 vorliegenden allgemeinen Entscheidungen des BVfG zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz [24] schließen. Richtung und Umfang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Untersuchungshaft konnte man aus den Entscheidungen allerdings nicht herauslesen. -

Zusammenfassend kann man von einer fast allgemein anerkannten Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sprechen, der aber in seinem sachlichen Gehalt kein Profil annahm. Vor allem war noch völlig unklar, wie das BVfG diesen Grundsatz für die Untersuchungshaft interpretieren würde.

---

20) Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 7; Loewe-Rosenberg §§ 112, 113 Anm. 6.

21) Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 7; Loewe-Rosenberg §§ 112, 113 Anm. 8.

22) KMR (4) § 112 Anm. 4; Loewe-Rosenberg §§ 112, 113 Anm. 6; Schwarz-Kleinknecht (24) § 112 Anm. 7.

23) E 10, 271 v. 14. 1. 1960.

24) E 1, 167(178); 3, 383(399); 7, 320(325); 7, 377(405, 407); 8, 71(80); 10, 354(369).

IV. Die Gesetzgebung zum Übermaßverbot bei der Untersuchungshaft im StPÄG

1. In dieser Situation plante die Bundesregierung seit dem Regierungsentwurf des StPÄG von 1960 [25] eine konkrete Ausgestaltung des Übermaßverbots, die, nur geringfügig verändert, mit dem StPÄG vom 19.12.1964 Gesetz wurde [26]:

a) Exaktere Fassung der "klassischen" Haftgründe der Fluchtgefahr und der Verdunkelungsgefahr. § 112 II 2 a.F. entfiel.

b) Allgemeine (negative) Formulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in § 112 I 2. Gegenüber dem Regierungsentwurf (§ 112 II) stellt § 112 I 2 sogar noch eine Verstärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar: § 112 II des Entwurfs formulierte noch: ".... wenn ohne weiteres feststeht, daß .... außer Verhältnis steht [27].

c) § 113: Strengere Untersuchungshaftvoraussetzungen bei Bagatellfällen als im alten § 113 (und als im Regierungsentwurf: dort stand noch "drei Monate" statt "sechs Monate").

d) § 116: Ersetzung des alten § 117. Die Aussetzung des Vollzugs war nach dem Regierungsentwurf in jedem Fall [28] möglich, und geboten, wenn der Haftzweck auch ohne die Vollziehung erreicht wurde. Diese Vorschrift ist eine Folge des Erforderlichkeitsgrundsatzes.

e) § 120: Aufhebung des Haftbefehls unter anderem wegen Unverhältnismäßigkeit. Die Einführung dieser Vorschrift ist eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes in § 112 I 2.

f) § 121: Grundsätzlich keine längere Dauer der Untersuchungshaft als sechs Monate; Ausnahmen nur bei wichtigem Grund und nur, wenn das OLG die Ausnahme als gegeben ansieht. Dieser letzte Punkt hat keine auch nur in etwa ver-

---

25) RegEntw BT-Drs III/2037. Im folgenden wird der mit dem Entwurf von 1960 fast inhaltsgleiche Entwurf von 1962, BT-Drs IV/178 v. 7.2.1962, als Belegstelle angegeben.

26) Übersichten über die Änderungen im Recht der Untersuchungshaft durch das StPÄG bringen Schorn NJW 1965,841; Dahs NJW 1965,81(82 f.); Schmidt-Leichner NJW 1965,1309(1310); Kleinknecht JZ 1965,113(114 ff.); Creifelds JZ 1965,1.

27) BT-Drs IV/178 S. 2 und 22.

28) Zu der durch den neuen Haftgrund des § 112 IV und der Fassung des § 116 III eingetretenen Rechtsunsicherheit bzgl. der Aussetzung des Vollzugs s.u. V und BVfGE 19,342.

gleichbare Parallele im alten Recht Er ist mit Abstand der wichtigste [29] und sicher auch der folgenreichste, wenn auch seine Effektivität angezweifelt wird [30].

2. Mit diesen Neuerungen befolgte der Gesetzgeber nicht bloß die vom BVfG als solche bezeichneten Notwendigkeiten, sondern er tat weit mehr als es nach damaliger Überzeugung die Verfassung und das sie auslegende BVfG verlangten. Der Gesetzgeber wollte mit diesen Neuerungen im Recht der Untersuchungshaft dem Vorwurf entgegentreten, in Deutschland werde zuviel und zu lange verhaftet.

Auch die Justizverwaltungen, denen man oft den Vorwurf mangelnder Reformfreudigkeit macht, billigten diese Neuerungen in ihrer Mehrheit. Denn nach den Angaben des damaligen Bundesjustizministers Schäffer im Jahr 1960 [31] bestimmten die Landesjustizverwaltungen im wesentlichen das Ausmaß der Reformen.

In der Beratung des StPÄG konnte man Sätze hören, die fast klingen, als ob sie vom Universitätskatheder stammten. Der Abgeordnete Rechtsanwalt Achenbach teilte mit [32], er habe für einen Mandanten Verfassungsbeschwerde eingelegt und Antwort auf die Frage gewollt, ob eine über ein Jahr dauernde Untersuchungshaft "angesichts der feierlichen Sprache des GG und der Tatsache, daß die Bundesrepublik die MRK ratifiziert hat", zulässig ist. Das BVfG habe die Verfassungsbeschwerde als offensichtlich unbegründet abgewiesen. Mit den Worten: "Wenn dem so ist,... dann ist das ein Zustand, den dieses Parlament, das die Rechte des Bürgers und seine Freiheit zu verteidigen hat, nicht dulden kann" begründete Achenbach seinen Antrag [33], die Untersuchungshaft ohne Ausnahme auf höchstens sechs Monate zu beschränken, solange noch kein freiheitsentziehendes Urteil ergangen ist. In der dritten Wahlperiode hatte die FDP sogar beantragt, die Dauer der Untersuchungshaft i. d. R. auf 2 Monate zu begrenzen [34].

In der Sache ist der Bundestagsmehrheit zuzustimmen, die den Antrag Achenbachs (und damit umsomehr den genannten FDP-Antrag) als unpraktikabel ablehnte. Denn wenn diese Anträge Gesetz geworden wären, so wäre die Entlassung aus

---

29) Schorn NJW 1965, 841(844); Kleinknecht JZ 1965, 113(119).

30) Dahs NJW 1965, 81(83).

31) 1. Beratung des StPÄG, 128. Sitzung des 3. BT v. 21.10.1960, Sten. Ber. S. 7405.

32) 2. Beratung des StPÄG, 69. Sitzung des 4. BT, v. 27.3.1963, Sten. Ber. S. 3103.

33) Umdruck 231 Nr. 2, Anl. 4 zur 69. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 3161.

34) BT-Drs III/1282 v. 14.10.1959.

der Untersuchungshaft nach dem Ablauf der festen Frist in vielen Fällen einem Verzicht auf die Bestrafung gleichgekommen. Eine strenge Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu § 121 StPO dürfte den besten Ausgleich zwischen den Strafverfolgungsinteressen des Staates und den Freiheitsinteressen des einzelnen bringen.

Auch aus dem GG kann man sinnvollerweise eine feste Höchstgrenze der Untersuchungshaft nicht ablesen. Das wäre ein Einbruch in Fragen des einfachen Rechts. Das BVfG ließ die Frage zwar ausdrücklich offen [35], aber aus der Art seiner Begründung wird ersichtlich, daß es nicht daran denkt, eine starre Festgrenze zu bestimmen.
Das Gericht nahm aber wegen jeder vermeidbaren Verlängerung der Untersuchungshaft einen Verstoß gegen Art. 2 II GG an [36]; es bejahte seine Kompetenz, die Frage der Vermeidbarkeit der Verlängerung der Untersuchungshaft bis in Einzelheiten nachzuprüfen. Es schuf so fraglos einen wirksamen Schutz gegen eine allzu lange Dauer der Untersuchungshaft. Man kann fast annehmen, daß das BVfG nur deshalb seine Entscheidungskompetenz so weit gezogen hat, weil auf andere Weise die extrem lange Dauer der Untersuchungshaft in manchen Fällen nicht eingeschränkt worden wäre - trotz der §§ 121, 122, oder vielleicht wegen der ungenügenden Anwendung der §§ 121, 122.

Wenn auch der Antrag Achenbachs zu weit ging, so ist doch zu begrüßen, daß in dieser Eindringlichkeit der Satz ausgesprochen wurde, der Gesetzgeber habe sich grundsätzlich nicht zu bescheiden und zu schweigen, wenn das BVfG die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung bestätigt hat. Verfassungsmäßigkeit ist eben noch nicht gleichzusetzen mit einer guten Qualität der Regelung. In vielen Fällen wird sich dem Gesetzgeber die Aufgabe stellen, mehr zu gewähren als bloß das Verfassungsgemäße. In der Frage der Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft hat der Gesetzgeber in diesem Sinn gehandelt, auch wenn die Regelung noch zu Kritik Anlaß geben mag [37].

---

35) E 20,45(50); 20,144(148) v. 3.5.1966 und 27.7.1966.

36) Neben den in Fn 35 genannten Entscheidungen auch E 21,184(187) v. 15.2.1967; 21,220(222) und 223(225 f.) vom 14.3.1967.

37) Die Kritik von Eb. Schmidt Lehrkomm. II Nachtrag 1967, § 112 Rn 10, an § 112 I 2 StPO ist allerdings nicht berechtigt. Zu Unrecht nimmt er an, daß der Richter hiernach nur bei positivem Vorliegen der Verhältnismäßigkeit verhaften dürfe, und schließt daraus, daß die Neuerung den Richter überfordere. - Der Gesetzgeber hat nicht umsonst die "negative" Fassung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gewählt.

V. Anhang

Ein kurzer Blick auf die Gesetzgebung im StPÄG zu den Haftgründen und der Regelung der Aussetzung des Haftvollzuges in § 116 III StPO zeigt, daß die Übung des Gesetzgebers, mehr tun als nur das verfassungsrechtliche unbedingt Notwendige, noch keineswegs einer allgemeinen Überzeugung entspricht.

1. a) Auch hier hatte der Bundestag zunächst die Haftgründe objektiviert (s. o. IV 1 a) und die Hafttatbestände dadurch in ihrer Reichweite eingeschränkt. Doch im Laufe der Gesetzesberatungen - im wesentlichen auf die Initiative des Rechtsausschusses des Bundestages hin [38] - erhielt das Gesetz zwei neue Hafttatbestände:

§ 112 III läßt die Untersuchungshaft bei Sittlichkeitsverbrechen zu, wenn Wiederholungsgefahr besteht;

§ 112 IV ermöglicht einen Haftbefehl bei Tötungsdelikten ohne weitere Voraussetzungen.

§ 116 III erhielt eine zumindest mißverständliche Fassung über die Möglichkeit, den Vollzug der Untersuchungshaft auch bei Haftbefehlen auszusetzen, die auf § 112 IV gestützt waren [39].

---

38) Bericht des Rechtsausschusses vom 1. 3. 1963 zwischen der 1. und 2. Beratung des StPÄG, BT-Drs IV/1020 S. 3, zu Drs. IV/1020 S. 2.

39) Entstehungsgeschichte: Der Rechtsausschuß sah zunächst nur die Einführung der Absätze III und IV des § 112 ohne die Möglichkeit der Aussetzung des Vollzugs vor: BT-Drs IV/1020 S. 3.
2. Beratung des StPÄG am 27. 3. 1963 im BT: Die Möglichkeit der Vollzugsaussetzung wird für § 112 III und IV beschlossen: § 116 III (69. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 3107 f.; Anl. 5 zur 69. Sitzung, Umdruck 230 (neu) Nr. 1, Sten. Ber. S. 3161).
Der Rechtsausschuß faßte zwischen der 2. u. 3. Beratung § 112 III u. IV zu einem Absatz (III) zusammen. § 116 III verwies folgerichtig nur noch auf § 112 III (BT-Drs IV/2378 S. 5 u. 11).
3. Beratung des StPÄG: § 112 III wird wieder in die alten Absätze III und IV zerlegt, § 116 III wird aber nicht mehr erwähnt (132. Sitzung des 4. BT v. 24. 6. 1964, Sten. Ber. S. 6437-6445; Anl. 4 zur 132. Sitzung, Umdruck 498, Sten. Ber. S. 6504).
Ausführlich über die Entstehungsgeschichte informieren LG Dortmund MDR 1965, 762 u. OLG Köln NJW 1965, 2414 (mit gegensätzlichen Schlußfolgerungen).

b) Verfassungsrechtliche Überlegungen blieben dabei im Hintergrund. Der Rechtsausschuß des Bundestags wollte mit den neuen Haftgründen das Aufkommen "apokrypher Haftgründe" verhindern [40]. Im Ergebnis wurde die Rechtsstellung des Beschuldigten gegenüber den alten Vorschriften verschlechtert. Der Haft-tatbestand des § 112 IV StPO verlangt nach seinem Wortlaut nicht einmal einen Haftgrund, geht also weit über den alten § 112 II 2 StPO (s. o. bei Fn 16) hinaus. Im Bundestag wurde harte Kritik an den neuen Haftgründen geäußert [41]. Der Einwand der Verfassungswidrigkeit war jedoch nur undeutlich zu hören: die neuen Haftgründe ähnelten den als rechtsstaatswidrig abgeschafften NS-Haftgründen (s. o. bei Fn 4-6), dem des Mißbrauchs der Freiheit zu neuen Straftaten und dem der Schwere der Tat und der Erregung der Öffentlichkeit [42]; die Untersuchungshaft könne nur zur Sicherung des staatlichen Anspruchs auf Verfolgung von Straftätern gerechtfertigt werden, sie dürfe nicht allein wegen der Schwere der Tat verhängt werden [43].

2. Sofort entstand ein Streit um die Haftvoraussetzungen des § 112 IV, um die Ausfüllung des Wortes "darf" in § 112 IV; es war vor allem ein Streit über die Art des Haftgrundes in § 112 IV [44].

---

40) Abg. Kanka im Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs IV/1020 S. 2; Kanka NJW 1966,428(429).

41) 3. Beratung des StPÄG, 132. Sitzung des 4. BT v. 24.6.1964, Sten. Ber. S. 6438-6445.

42) Bundesjustizminister Bucher und Abg. Müller-Emmert in der 3. Beratung des StPÄG, 132. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 6438 u. 6440.

43) Abg. Jahn in der 3. Beratung des StPÄG, 132. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 6442.

44) Respekt vor dem Rechtsgut des menschlichen Lebens: Creifelds NJW 1965, 946(950), JR 1965,1(2); Rechtsausschuß des BT: zu Drs IV/1020 S. 2.
Unerträglichkeit: Oppe NJW 1966,93(94); Dünnebier NJW 1966,231(232/33); OLG Hamburg NJW 1965,2116=JZ 1965,730.
Schwere der Schuld: Grauhan NJW 1965,1367.
Schwere der Tat: Oppe NJW 1966,93(94); Schorn NJW 1965,841(842); OLG Celle NJW 1965,2118.
Haft "nur aus justizgemäßen Gründen": Waldschmidt NJW 1965,1575; Kleinknecht JZ 1965,113(117).
Verhältnismäßig entfernter Verdacht der Haftgründe der Absätze II u. III (Minimalform der anderen Haftgründe): Kleinknecht MDR 1965,781(783) (alte Ansicht aus JZ 1965,117 aufgegeben); OLG Hamm (2. Sen.) NJW 1965,1729.
Verfassungsrechtliche Bedenken: Dahs NJW 1965,81(83); Schmidt-Leichner NJW 1965,1309(1310).

Ebenso umkämpft war die Frage, ob auch der Vollzug eines auf § 112 IV gestützten Haftbefehls ausgesetzt werden kann - entgegen dem Wortlaut von § 116 I - III [45].
Verfassungsrechtliche Argumente blieben auch hier spärlich.

2. Schon wenige Monate nach dem Inkrafttreten des StPÄG (1.4.1965) rächte es sich, daß der Gesetzgeber bei der Einführung der neuen Haftgründe und bei der Regelung der Vollzugsaussetzung in § 116 kaum verfassungsrechtliche Überlegungen angestellt hatte.
Das BVfG hatte noch im Jahr 1965 über eine Verfassungsbeschwerde zu entscheiden, der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Gegen den Beschwerdeführer war ein Haftbefehl wegen Mordverdachts ausgesprochen worden. Flucht- und Verdunkelungsgefahr lagen nach der Ansicht der mit der Sache befaßten Gerichte nicht vor. Trotzdem hielten sie einen Haftbefehl für zulässig. Sie beriefen sich auf den Wortlaut des § 112 IV StPO, der bei Mordverdacht keinen Haftgrund verlange. Sie verweigerten überdies eine Aussetzung des Vollzugs der Untersuchungshaft; § 116 StPO lasse diese bei auf § 112 IV StPO gestützten Haftbefehlen nicht zu.

Das BVfG gab der Verfassungsbeschwerde statt [46].
Die Untersuchungshaft dürfe grundsätzlich nur verhängt werden zur Sicherung des Gerichtsverfahrens und der Vollstreckung. Das forderten der Freiheitsanspruch (Art. 2 II und 104 GG) des einzelnen und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Verhaltnismäßigkeitsgrundsatz habe verfassungsrechtlichen Rang, der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Wesen der Grundrechte (Einschränkung nur, soweit unerläßlich) und für Art. 2 II aus dessen besonderer Bedeutung als Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers ergebe. § 112 III, der einen anderen Untersuchungshaftgrund aufstelle, sei nur verfassungsgemäß, weil er eine besonders schutzwürdige Personengruppe schützen will.

---

45) Für Aussetzung des Vollzugs auch bei Verhaftung auf Grund von § 112 IV: LG Dortmund MDR 1965, 762=NJW 1965, 1391; OLG Celle JZ 1965, 731= NJW 1965, 2118; OLG Hamm (2. Sen.) NJW 1965, 1729; OLG Schleswig v. 21.7.1965, unveröffentlicht, zitiert bei Waldschmidt NJW 1965, 1575 (1576); Waldschmidt, ebenda; Kleinknecht MDR 1965, 781(781) (Gegenansicht aus JZ 1965, 113(118) aufgegeben).
Dagegen: OLG Hamburg JZ 1965, 730= NJW 1965, 2116; OLG Hamm (4. Sen.) JZ 1965, 730=NJW 1965, 2117; OLG Oldenburg NJW 1965, 1613; OLG Köln NJW 1965, 2414; OLG Stuttgart NJW 1965, 2416; OLG Düsseldorf NJW 1965, 2118; Schorn NJW 1965, 843; Grauhan NJW 1965, 1367; Dünnebier NJW 1966, 231(234).

46) E 19, 342 v. 15.12.1965.

§ 112 IV sei nur bei restriktiver verfassungskonformer Auslegung unbedenklich. Die Untersuchungshaft dürfe auf Grund des § 112 IV nur dann angeordnet werden, wenn (zwar Flucht- oder Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr nach § 112 II und III nicht vorlägen, aber doch) Flucht- oder Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr nicht auszuschließen seien. § 112 IV stellt somit eine Minimalform der anderen Haftgründe dar [47] [48].
Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebiete weiterhin, daß auch der Vollzug eines auf § 112 IV StPO gestützten Haftbefehls in analoger Anwendung von § 116 I-III ausgesetzt werden könne.

4. Es soll hier nicht eine Urteilskritik vorgenommen werden [49]. Es sollte hier nur geschildert werden, daß der Gesetzgeber mit den StPÄG die Vorschriften über die Untersuchungshaft nicht so umfassend liberalisierte wie es ursprünglich beabsichtigt war, sondern daß der Abschnitt der StPO über die Untersuchungshaft auch verfassungsrechtlich bedenkliche Vorschriften erhielt.

---

47) Wie von Kleinknecht, MDR 1965, 781(783), und OLG Hamm (2. Sen.), NJW 1965, 1729, schon vor E 19, 342 angenommen; s. o. Fn 44.

48) Leider hat sich dieser ganze Teil der Entscheidung nicht in einem Leitsatz niedergeschlagen; und Schmidt-Leichner, NJW 1966, 425(426), zog schon den m. E. falschen Schluß, BVfGE 19, 342 habe die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 112 IV StPO noch offen gelassen.

49) Stellungnahmen: Peters Strafprozeß (2) S. 362; Schmidt-Leichner NJW 1966, 425; Kanka NJW 1966, 428; Eb. Schmidt Lehrkomm. II Nachtr. 1967, vor § 112 Rn 4, § 112 Rn 6, 28 c)-e), § 116 Rn 15; Loewe-Rosenberg, Nachtr. 1967, § 112 Anm. 14 b).

§ 9
DIE SPRUCHKÖRPERINTERNE GESCHÄFTSVERTEILUNG BEI ÜBERBESETZTEN SPRUCHKÖRPERN: § 69 II GVG

I. Aus Art. 101 I 2 GG, der das Recht auf den gesetzlichen Richter gewährt, folgt nach der allgemein anerkannten Ansicht des BVfG [1], daß der gesetzliche Richter sich "möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Norm" ergeben muß. Daß sich bei dieser Auslegung des Art. 101 I 2 verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Überbesetzung der Spruchkörper ergeben, wurde oben (§ 4) besprochen. Diese Bedenken versuchte man nicht nur durch eine Reduzierung der Überbesetzung zu entkräften. Man strebte eine verfassungskonforme Regelung - bei Belassung der Überbesetzung - auch auf andere Weise an: durch die Verpflichtung des Spruchkörpervorsitzenden, die im Einzelfall erkennenden Mitglieder des überbesetzten Spruchkörpers durch eine gesetzesähnliche spruchkörperinterne Geschäftsverteilung zu bestimmen, nicht mehr im Wege einer in seinem Ermessen liegenden Auswahl von Fall zu Fall.

II. Dieses Problem der Geschäftsverteilung im überbesetzten Spruchkörper beschäftigte den Gesetzgeber schon bei der Beratung der VwGO.
Der Regierungsentwurf der VwGO von 1957 [2] hatte zu der Frage noch geschwiegen.
In seinem Bericht zwischen der ersten und zweiten Beratung der VwGO schlug der Rechtsausschuß des Bundestags die Aufnahme eines damals noch anders als heute gefaßten § 8 II VwGO vor. Er wollte dem Vorsitzenden eines überbesetzten Spruchkörpers vorschreiben, daß dieser die Reihenfolge der Mitwirkung der Richter seines Spruchkörpers für ein ganzes Geschäftsjahr im voraus regele. Der Rechtsausschuß wollte damit "Art. 101 I 2 GG Genüge tun" [3].
Der Bundestag, der es, wie dargelegt [4], in seiner Mehrheit ablehnte, die Überbesetzung ganz zu verbieten oder zahlenmäßig zu begrenzen, stimmte dem Vorschlag ohne weitere Stellungnahme zu [5].
Die endgültige Fassung des § 8 II VwGO beruht auf einem Vorschlag des Vermitt-

---

1) E 6,45(51) v. 16.1.1957.
2) BT-Drs III/55 v. 5.12.1957.
3) BT-Drs III/1094 v. 12.5.1959 S. 3 u. 21.
4) S.o. S. 44 (§ 4 I 3 a).
5) 2. Beratung der VwGO, 85. Sitzung des 3. BT v. 23.10.1959, Sten.Ber. S. 4577; 3. Beratung, 89. Sitzung v. 11.11.1959, Sten.Ber. S. 4816 (4847).

lungsausschusses [6]. Dessen Berichterstatter [7] begründete die Textänderung damit, es müsse eindeutig klargestellt werden, daß Art. 101 I 2 GG eine gezielte Richterauswahl für den Einzelfall verbiete, möge dies eine vorgeplante oder eine von Fall zu Fall vorgenommene sein. Art. 101 I 2 verlange auch im Bereich der Auswahl aus einem überbesetzten Spruchkörper "einen abstrakten Besetzungs- und Geschäftsplan".
Schon bei der Einfügung des § 8 II in die VwGO war, gemäß der Modellfunktion der VwGO für andere Verfahrensgesetze, vorgesehen, die Grundsatzregelung des § 8 II VwGO auf die anderen Gerichtszweige zu übertragen [8].

III. Die Stellungnahmen in der Literatur

In der Literatur waren die, vorwiegend von Praktikern geäußerten, Meinungen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der normativen spruchkörperinternen Geschäftsverteilung geteilt.
Zustimmend äußerten sich: Richter (Verwaltungsgerichtsrat) [9], Koebel (OLG-Senatspräsident) [10], Erdsiek (Ministerialdirektor a. D.) [11], eine Kommission des Deutschen Richterbundes [12]; Schorn [13] empfahl sogar eine Festlegung der Geschäftsverteilung innerhalb der Spruchkörper durch das Gerichtspräsidium.
Bedenken meldeten an: Schultz (OLG-Rat) [14], Schilgen (Bundesrichter) [15], Schräder (LG-Direktor) [16] und Geier (Bundesrichter) [17]. Die oberen Bundes-

6) BT-Drs III/1487 S. 2 v. 10.12.1959; angenommen vom 3. BT in seiner 94. Sitzung am 11.12.1959, Sten. Ber. S. 5186.
7) Ad. Arndt, in der 94. Sitzung des 3. BT v. 11.12.1959, Sten. Ber. S. 5185.
8) Ad. Arndt DRiZ 1959, 171 f.; Richter JZ 1961, 687(689); Bericht des Deutschen Richterbundes DRiZ 1960, 370(372).
9) JZ 1961, 687(689) (zu § 8 II VwGO).
10) NJW 1964, 1771(1772): eine § 8 II VwGO entsprechende Geschäftsverteilung in den überbesetzten Spruchkörpern liege im Sinn des Art. 101 I 2 GG.
11) NJW 1963, 240(241).
12) DRiZ 1960, 165(166).
13) Präsidialverfassung S. 88.
14) MDR 1960, 892(893 f.).
15) NJW 1964, 2290(2291 a.E.).
16) DRiZ 1959, 321.
17) DRiZ 1960, 196 1. Sp.

gerichte waren sich in der Frage uneins [18]. v. Mallinckrodt [19] gab zu bedenken, eine gezielte Auswahl der Beisitzer oder eine gezielte Verteilung der Fälle lasse sich bei der besten normativen Geschäftsverteilung nicht vermeiden.

IV. Die Entstehungsgeschichte des § 69 II GVG

1. Die Bundesregierung schien in ihren Regierungsentwürfen zum StPÄG [20] davon auszugehen, daß jedenfalls das GG eine spruchkörperinterne normative Geschäftsverteilung nicht verlange, denn die Entwürfe enthielten keine derartige Bestimmung.

2. Die Übernahme des § 8 II VwGO - als § 69 II GVG - in die ordentliche Gerichtsbarkeit beantragte erst die SPD in der zweiten Beratung des StPÄG am 27.3.1963 [21]. Man müsse dem Art. 101 I 2 GG "auch im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten zur vollständigen Durchsetzung verhelfen". Die Aufnahme des § 69 II GVG sei auch ein Gebot der Rechtsvereinheitlichung [22]. Der Bundestag stimmte in der zweiten und dritten Beratung des StPÄG jeweils kritiklos dem Antrag zu [23].

3. Mittlerweile war am 24.3.1964 die Entscheidung 17,294 des BVfG ergangen, in der das Gericht die Überbesetzung für unzulässig erklärte, sofern einem Spruchkörper doppelt so viele Berufsrichter wie das Gesetz vorschreibt angehören (Verbot der Doppelbesetzung) [24]. Zu der Frage, ob eine normativ-abstrakte Geschäftsverteilung im überbesetzten Spruchkörper nötig ist, hatte sich das BVfG in dieser Entscheidung nicht geäußert. Der Bundesrat zog daraus eine eigenartige Konsequenz. Er rief wegen des neuen § 69 II GVG den Vermittlungsausschuß an. § 69 II solle gestrichen werden; er führe zu praktischen Schwierigkeiten. Außerdem wollte der Bundesrat aus BVfGE 17,294 herausgelesen haben, daß das BVfG

---

18) Mitgeteilt in BVfGE 18,344(347 f.).

19) DRiZ 1959,322.

20) BT-Drs III/2037 und IV/178 v. 17.8.1960 u. 7.2.1962.

21) 69. Sitzung des 4. BT, Sten.Ber. S. 3144; Umdruck 226 Nr. 4, Anl. 3 zur 69. Sitzung, Sten.Ber. 3160.

22) Auch im (dritten) RegEntw der FGO v. 1963 wurde ein mit § 8 II VwGO identischer § 8 II "im Interesse der Bestimmung des gesetzlichen Richters" und zum Zweck der Rechtsvereinheitlichung vorgeschlagen: BT-Drs IV/1446 v. 2.8.1963 S. 3 und S. 40 (zu § 8). Dieser § 8 II wurde mit der FGO v. 6.10.1965 Gesetz.

23) 69. Sitzung des 4. BT v. 27.3.1963, Sten.Ber. S. 3102(3144); 132. Sitzung v. 24.6.1964, Sten.Ber. S. 6467 ff.(6478).

24) Siehe dazu eingehend oben S. 47 f. (§ 4 II 1).

eine spruchkörperinterne Geschäftsverteilung nach dem Muster von § 8 II VwGO gar nicht als von der Verfassung geboten ansehe. Deshalb könne man auf § 69 II GVG verzichten [25].

Der Vermittlungsausschuß verzichtete nicht [26].

In der Beratung des Berichts des Vermittlungsausschusses im Bundestag im November 1964 begründete der Abgeordnete Jahn [27] das Festhalten an § 69 II GVG gerade mit der Entscheidung des BVfG (17, 294). Diese Entscheidung beweise gerade die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung.

Da E 17, 294 sich zu dieser Frage mit keinem Wort äußerte, drängt sich ein Verdacht auf: Der Gesetzgeber sah am Ende des Jahres 1964 eine neue Entscheidung des BVfG auf sich zukommen, die das Problem des § 69 II GVG direkt betraf. Seit dem 9. 3. 1964 war beim BVfG eine Verfassungsbeschwerde anhängig, in der der Beschwerdeführer rügte, daß der Spruchkörpervorsitzende die erkennenden Richter im Widerspruch zu Art. 101 I 2 GG nach seinem Ermessen in Einzelfallentscheidungen ausgewählt habe. Die Abgeordneten wußten im November 1964, also acht Monate nach der Einlegung der Verfassungsbeschwerde, von dem anhängigen Verfahren durch die dem BVfG nach § 94 IV i. V. mit § 77 BVfGG vorgeschriebene Mitteilung an die Gesetzgebungsorgane. Deshalb liegt es nahe, daß der Vermittlungsausschuß den § 69 II GVG auch in Erwartung eines möglichen Erfolgs der Verfassungsbeschwerde beibehalten wollte. Das gelang ihm auch: § 69 II blieb in seiner heutigen Fassung im StPÄG [28] [29].

---

25) Bericht in der 147. Sitzung des 4. BT v. 13. 11. 1964, Sten. Ber. S. 7241 f.

26) BT-Drs IV/2699 v. 5. 11. 1964.

27) 147. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 7242.

28) Über § 117 u. § 131 GVG, die auf § 69 II verweisen, gilt die im Abschnitt über die Landgerichte stehende Vorschrift auch für die Oberlandesgerichte und den BGH.

29) § 69 II GVG und § 8 II VwGO wurden, wie gesagt, geschaffen zur Regelung der Geschäftsverteilung im überbesetzten Spruchkörper: Ad. Arndt, 94. Sitzung des 3. BT v. 11. 12. 1959 Sten. Ber. S. 5185; Jahn 147. Sitzung des 4. BT v. 13. 11. 1964 Sten. Ber. S. 7242. Ihrem Wortlaut nach treffen sie aber nun jede Bestimmung des Vorsitzenden über die Mitwirkung der Beisitzer, z. B. auch die Wahl des Berichterstatters, auch im nicht überbesetzten Spruchkörper. Man sollte dem Wortlaut folgen, weil die abstrakt-normative Bestimmung des Berichterstatters nicht weniger wichtig ist als die Festlegung der Beisitzer. § 69 I GVG statuiert dann eben nur noch die Zuständigkeit des Vorsitzenden zur Geschäftsverteilung im Spruchkörper, KMR-Müller § 69 GVG Anm. 1; a. A. (§ 69 II umfasse die Berichterstatterwahl nicht) Schwarz-Kleinknecht § 69 GVG Anm. 5, Kleinknecht JZ 1965, 153(162).

V. BVfGE 18,344(351 f.)

Doch die Erwartungen derer, die die Einführung des § 69 II GVG mit dem Hinweis auf die Ansicht des BVfG erfolgreich befürwortet hatten, erfüllten sich nicht. Das BVfG entschied am 3.2.1965, also drei Monate später, daß Art. 101 I 2 GG die normative spruchkörperinterne Geschäftsverteilung nicht fordere [30]. Art. 101 I 2 knüpfe an die Rechtstradition der vergangenen Jahrzehnte an. Danach genüge es, daß der zur Entscheidung eines Einzelfalls berufene Richter durch die generellen Regelungen der Prozeßgesetze, des GVG und des Geschäftsverteilungsplans [31] näher bestimmt sei und daß er im Einklang mit diesen Regelungen vom Vorsitzenden nach dessen sachgemäßer Auswahl berufen werde. Wenn auch Art. 101 I 2 den § 69 II GVG nicht fordere, so entspreche es doch "durchaus der Tendenz der Vorschrift, wenn der Gesetzgeber über das verfassungsrechtlich Gebotene hinausgeht", wie er es in § 69 II GVG getan habe.

VI. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers

1. Sowohl bei § 8 II VwGO als auch bei § 69 II GVG handelt der Gesetzgeber anfangs ohne äußeren Zwang. Er will dem Art. 101 I 2 GG "Genüge tun", ihm "zur vollständigen Durchsetzung verhelfen" [3] [21]. Er will also den Art. 101 I 2 mit Gehalt erfüllen, ihn konkretisieren und praktikabel machen, nicht nur das tun, was die Verfassung (und das die Verfassung auslegende BVfG) unbedingt fordert, nicht bloß Mindestanforderungen erfüllen.

2. Doch schon bei der Änderung des § 8 II VwGO auf Antrag des Vermittlungsausschusses zeigt sich die Tendenz zu einer starken Anlehnung an die Verfassung. Der Abgeordnete Arndt beruft sich darauf, daß das GG die geänderte Fassung fordere, ohne sich dazu zu äußern, ob man nicht die bessere Regelung auf jeden Fall wählen soll. Noch deutlicher wird diese Haltung bei dem Streit um die Einführung des § 69 II GVG zwischen dem Bundesrat und dem Vermittlungsausschuß. Beide Seiten berufen sich auf das BVfG und somit auf die Forderungen des GG, der Bundesrat, um zu sagen, das BVfG fordere den § 69 II nicht, also brauche man ihn nicht, der Vermittlungsausschuß, um zu entgegnen, das BVfG verlange den § 69 II, also müsse man ihn einführen.

3. Der Bundesrat beachtet mit seiner Haltung - das GG und das BVfG forderten § 69 II GVG nicht, deshalb sei er auch nicht nötig [32] - nicht, daß der

30) BVfGE 18,344(351 f.).

31) Daß mit den "generellen Regelungen" in E 18,351 die "Prozeßgesetze, das GVG und der Geschäftsverteilungsplan" gemeint sind, ergibt sich eindeutig aus E 21,139(145).

32) Ebenso Schultz MDR 1960,892(893).

Gesetzgeber nicht bloß die Verfassung zu erfüllen hat. Er muß über sie hinausgehen, er soll sie konkretisieren und die Bestimmungen des GG in den einfachen Gesetzen zur Geltung bringen [33]. Dies ist auch die Ansicht des BVfG, die sich in dem Satz zeigt, daß es der Tendenz des Art. 101 I 2 GG entspreche, wenn der Gesetzgeber über das verfassungsrechtlich Gebotene hinausgehe [34]. Das GG ist nur eine Grundordnung, die in vielen Bestimmungen und mit Sicherheit in Art. 101 I 2 nur Mindestanforderungen aufstellt [35], die eine konkrete Ausgestaltung verlangen.

Man könnte dem Verhalten des Bundesrats, höchstens auf einen Zwang des BVfG zu handeln, zustimmen, wenn die Neuregelung schwere Nachteile für die Gerichte mit sich gebracht hätte. Da die Neuerung sich durch vielfache Anwendung als praktisch gut durchführbar erwiesen hatte [36], konnte jedoch auch nicht der Vorwurf einer die Rechtspflege hemmenden Perfektionierung des Rechtsstaatsgedankens erhoben werden. Die Gegenstimmen [37] stammen von Autoren, die nur Befürchtungen äußern, aber die normative Geschäftsverteilung im Spruchkörper noch nicht praktisch durchgeführt haben.

4. Auch die Berufung auf das GG und das BVfG, um eine Verbesserung der Rechtsstellung des Bürgers zu erreichen, wie es der Abgeordnete Jahn [27] tat, birgt Gefahren in sich. Selbstverständlich ist es grundsätzlich zu begrüßen, daß man sich im Bundestag auf die Autorität des BVfG und die Forderungen des GG beruft, um seinen Vorschlag durchzusetzen. Denn es ist eine Tatsache, daß verfassungsrechtliche Argumente immer besonders stark beachtet werden.

Aber die bloße Berufung auf das GG und das BVfG legt die Vermutung nahe, daß es sich bei der an und für sich zu begrüßenden Verbesserung der Rechtsordnung nur um eine Befolgung äußeren Zwangs handle. Ein solches Verhalten bringt letzten Endes die Gefahr mit sich, daß man auf verfassungsrechtlichem Gebiet nur noch die Ansichten des BVfG befolgt und keine eigene Meinung mehr bildet, also fälschlicherweise ein Monopol des BVfG zur Behandlung und Lösung verfassungsrechtlicher Probleme sieht.

Dem ersten Satz, daß das GG und das BVfG den § 69 II GVG fordern, hätte ein zweiter folgen müssen: Selbst wenn das BVfG den § 69 II nicht als verfassungsrechtlich notwendig ansehen sollte, steht es dem Gesetzgeber wohl an, auch

---

33) Rupp, Gutachten, S. 206 ff.; ausführlich oben S. 18 f. (§ 2 III 2), S. 36 f. (§ 3 II 2 a.E., 3) und unten S. 138 f. (§ 13 C II 2 b).

34) E 18,344(352).

35) BVfGE 2,124(130); 7,53(57); Tiedemann MDR 1963,456.

36) S.o. bei Fn 9-13.

37) S.o. bei Fn 14-17.

ohne Nötigung durch das BVfG die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien zu verbessern und auch den geringsten Anschein einer Manipulation zu verhindern.
Die Forderung, man solle sich nicht bloß auf die Verfassung berufen, muß jedenfalls immer dann gelten, wenn die gewünschte Auslegung der Verfassung und die behauptete Ansicht des BVfG sich nicht zweifelsfrei ergeben. So war es im vorliegenden Fall, in dem BVfGE 17, 294 die Frage offenließ und das Ergebnis der bevorstehenden Entscheidung nicht klar vorauszusehen war. Als sich dann herausstellte, daß das BVfG die ihm unterstellte Forderung gar nicht erhob, stand der unter Berufung auf das BVfG geschaffene § 69 II GVG scheinbar ohne Deckung im Gesetz, weil man sich bei seiner Schaffung zu stark an das BVfG angelehnt hatte.
So mußte statt des Gesetzgebers das BVfG den Zusatz anfügen, daß § 69 II GVG eine begrüßenswerte Vorschrift ist, auch wenn sie über das verfassungsrechtlich unbedingt Notwendige hinausgeht.

5. Gleichgültig, mit welchen Erwägungen der Gesetzgeber § 69 II GVG geschaffen hat, einen Vorteil brachte die gesetzliche Regelung. Durch sie wurde das BVfG aus der Zwangslage befreit, eine praktikable Lösung der Frage selbst suchen zu müssen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das BVfG anders entschieden hätte, wenn § 69 II GVG nicht geschaffen worden wäre. Jedenfalls hat der Gesetzgeber mit Sicherheit verhindert, daß das BVfG sich veranlaßt oder genötigt sah, als Ersatzgesetzgeber zu handeln wie in der Frage der Überbesetzung [38].

Daß der Gesetzgeber nicht bloß die vermeintliche Forderung des BVfG erfüllen wollte, ist klar.
Der anfängliche Grund, die Rechtsanpassung an § 8 II VwGO, bestand bis zum Schluß. Vielleicht bestand auch die Überzeugung, daß § 69 II GVG auf jeden Fall als eine gute Reformvorschrift beibehalten werden müsse, auch wenn das BVfG ihn nicht fordern sollte. Nur gingen diese Gründe im Lauf der Gesetzesberatungen gegenüber der Berufung auf das BVfG unter.

---

38) S. o. S. 50 ff. (§ 4 II 4 b, 5 b).

§ 10
DIE KONKRETISIERUNG DES RECHTLICHEN GEHÖRS IM STRAFVERFAHREN DURCH DAS StPÄG: §§ 33, 33a, 308 I 2, 311 III 2 und 311a StPO

I. Ein Recht auf rechtliches Gehör im Strafprozeß wurde vor der Geltung des GG bloß in verschiedenen Einzelbestimmungen der StPO angesprochen, z.B. in §§ 226, 230 I, 233 II, 240 II, 243 II, III, 257, 258, 265, 308, 33 und 261 [1].

Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf die Änderungen im StPÄG sind:
§ 33 in der Fassung vor dem StPÄG und § 261; aus ihnen folgte ein Anspruch auf rechtliches Gehör nur in der Hauptverhandlung.
§ 308; er betraf und betrifft das rechtliche Gehör des Gegners des Beschwerdeführers.

II. Reaktionen des Gesetzgebers auf die Einführung des Art. 103 I GG bis zum StPÄG

Die Weimarer Verfassung äußerte sich zum Anspruch auf rechtliches Gehör nicht. Obwohl in das GG Art. 103 I ("Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör") aufgenommen wurde, ließ der Gesetzgeber die auf dem Sektor des rechtlichen Gehörs fragmentarischen Bestimmungen der StPO zunächst unverändert.

1. Das VereinhG vom 12.9.1950 [2] enthielt keine Art. 103 I GG betreffenden Normen. Das VereinhG wollte neben der Rechtsvereinheitlichung und der Beseitigung von Kriegsrecht und nationalsozialistischen Färbungen unserer Rechtsordnung zwar auch eine Anpassung der StPO an das GG bringen [3]. Weil aber die beschleunigte Rechtsvereinheitlichung im Vordergrund stand, wurde auf umfassende Neuerungen verzichtet. Die Anpassungen an das GG beschränkten sich somit fast ausschließlich auf die Befolgung der direkten Befehle des GG in Art. 13, 102 und 104 [4].

2. Die im Jahr 1952 [5] ratifizierte MRK vom 4.11.1950 enthielt in Art. 6 I eine dem Art. 103 I GG vergleichbare Norm. Beide Vorschriften sind aber so

---

1) Vgl. die umfassende Aufzählung bei Röhl NJW 1953, 1532 (IV 1).
2) BGBl 1950, 455 ff., Art. 3 (StPO) S. 479 ff.
Neuer Text der StPO: BGBl 1950, 629 ff.
3) RegEntw des VereinhG, BT-Drs I/530, S. 3, 13, 33 f.
4) BT-Drs I/530 S. 34.
5) Gesetz vom 7.8.1952, BGBl II, 685 (Berichtigung S. 953).

allgemein gefaßt [6], daß zunächst unklar war, was sie im einzelnen für den Strafprozeß besagten [7].

3. Im 3. StrRÄG von 1953 [8] erfolgte auch keine echte Anpassung der StPO an Art. 103 I GG. Das Gesetz reformierte das Strafprozeßrecht bewußt nur am Rande. Die Reform des materiellen Strafrechts hatte Vorrang [9].
Lediglich zwei kleinere Korrekturen im Bereich des rechtlichen Gehörs nahm der Gesetzgeber vor.

a) Er fügte dem damaligen § 115 b StPO, der eine mündliche Verhandlung im Haftprüfungsverfahren nach der Eröffnung des Hauptverfahrens verbot, eine Bestimmung an, die dem Art. 103 I GG Rechnung trug. Sie gebot, den Angeklagten (und gegebenenfalls den Verteidiger) vor einer Entscheidung im Haftprüfungsverfahren zu hören [10].

b) aa) Bis zum 3. StrRÄG war es nach § 308,1 a.F. dem Ermessen des Beschwerdegerichts überlassen, ob es dem Gegner des Beschwerdeführers Gelegenheit gab, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Dieser konnte also mit einer nachteiligen Abänderung der ihm günstigen erstinstanzlichen Entscheidung überrascht werden, wenn das Beschwerdegericht ihn zur Beschwerde seines Widerparts nicht anhörte. Die Bundesregierung sah, daß der alte § 308 "das rechtliche Gehör nicht in zufriedenstellender Weise gewährleistete" [11]. Sie schlug deshalb eine Änderung dieser Norm vor, die Gesetz wurde und noch heute - als § 308 I 1 - gilt. Danach ist das Beschwerdegericht verpflichtet, dem Gegner des Beschwerdeführers die Beschwerde zur Gegenerklärung mitzuteilen, wenn es die erstinstanzliche Entscheidung zu seinem Nachteil ändern will.

---

6) Zum Unterschied zwischen Art. 103 I GG und Art. 6 I MRK vgl. Dürig in Maunz-Dürig Art. 103 I Rn 97.

7) Vgl. z.B. die wenig konkreten Äußerungen von Eb. Schmidt Lehrkomm. II § 33 Rn 4, insbes. 6; § 243 Rn 2. Im Nachtragsband 1967 § 33 Rn 2 stellt Eb. Schmidt fest, daß sich der Grundsatz des rechtlichen Gehörs inzwischen "erheblich entfaltet hat". Als einer der ersten bemühte sich Röhl NJW 1953,1531 um eine Konkretisierung des Art. 103 I.

8) BGBl I 1953,735, Art. 4 (StPO), S. 743.

9) RegEntw des 3. StrRÄG, BT-Drs I/1713 S. 18 f.

10) Das Verbot einer mündlichen Verhandlung im Haftprüfungsverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens wurde durch das StPÄG wieder beseitigt und durch § 118 ersetzt, der einen Anspruch auf mündliche Verhandlung nur noch in den Fällen des Abs. IV ausschließt.

11) RegEntw des 3. StrRÄG, BT-Drs I/3713 v. 29.9.1952, S. 54.

bb) Ob der Gesetzgeber hier freiwillig und voll aus eigener Initiative dem neugeschaffenen GG und seinem Art. 103 I Genüge tun wollte, läßt sich nicht sicher feststellen. Infolge einer eigenartigen Parallelität der Ereignisse ist es wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber eine Entscheidung des BVfG mitverwertete. In seiner Entscheidung vom 18. 9. 1952 [12], die auf eine Verfassungsbeschwerde vom Juni 1951 erging, äußerte sich das BVfG am Rande zu der Frage, ob das Ermessen in § 308, 1 StPO a. F. mit Art. 103 I GG vereinbar ist. Es meldete leichte Bedenken an, ließ das Problem aber - weil nicht entscheidungserheblich - unentschieden.
Es ist wahrscheinlich, daß die Bundesregierung die Änderung des § 308 StPO in den im Sommer 1952 verabschiedeten Regierungsentwurf des 3. StrRÄG deshalb aufnahm, weil sie von dem Verfahren vor dem BVfG wußte (von dessen Existenz hatte ihr das BVfG nach § 94 IV i. V. mit § 77 BVfGG berichtet). Das BVfG spricht diese Vermutung auch aus [13]. Das Verfahren vor dem BVfG trug jedenfalls dazu bei, daß § 308 StPO widerstandslos [14] geändert wurde.
Von 1953 bis zum StPÄG vom 19. 12. 1964 blieben die Vorschriften der StPO über das rechtliche Gehör unverändert.

III. Die Rechtsprechung des BVfG zu Art. 103 I GG

Das BVfG war dagegen für viele Jahre stark mit Fragen des rechtlichen Gehörs beschäftigt.

1. a) Zunächst gab das BVfG eine allgemeine, sehr weitgehende Umschreibung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs: "Art. 103 I verlangt, daß einer gerichtlichen Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrundegelegt werden, zu denen Stellung zu nehmen den Beteiligten Gelegenheit gegeben war" [15].

b) Hinzu kam der Satz, daß eine Gerichtsentscheidung schon dann auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhe und damit aufzuheben sei, wenn die

---

12) E 1, 433(438).

13) in seiner Entscheidung 9, 89(102 f.) v. 8. 1. 1959.

14) Die Änderung des § 308 wurde ohne Debatte gebilligt: 2. Beratung des BT, 265. Sitzung v. 12. 5. 1953, Sten. Ber. S. 12992(13022); 3. Beratung v. 10. 6. 1953, Sten. Ber. S. 13264(13276).

15) Seit E 6, 12(14) v. 25. 10. 1956 in st. Rspr.: 7, 53(57); 7, 239(240); 7, 275 (278); 7, 340(341); 8, 184(185); 8, 208(209); 9, 261(267); 9, 303(305); 10, 177(182); aus neuerer Zeit: 17, 86(95); 17, 139(143); 17, 194(196); 18, 147(150); 18, 399(404); 20, 280(282); 20, 347(349).

Möglichkeit nicht auszuschließen sei, daß die Entscheidung bei Gewährung des rechtlichen Gehörs anders gelautet hätte [16].

c) Die genannte Umschreibung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt grundsätzlich für alle Rechtsgebiete, auch für den Strafprozeß. Denn das BVfG stellte den Grundsatz der unmittelbaren Geltung des Art. 103 I GG auf [17], d h., das rechtliche Gehör wird nicht nur nach Maßgabe der einfachen Gesetze, z.B. der StPO, gewährt; wenn ein Gesetz, wie die StPO, das Gehör nur unvollständig zugesteht, wird das Recht auf Gehör direkt aus Art. 103 I GG entnommen, und sein Umfang richtet sich nach der dargestellten allgemeinen Umschreibung des Grundrechts. Das BVfG nimmt eine Einschränkung des Rechts auf rechtliches Gehör nur dann hin, wenn die Notwendigkeiten einzelner Verfahrensarten dies zwingend erfordern [18].
Den Grundsatz, daß in der Regel die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs den einzelnen Verfahrensgesetzen überlassen ist und daß Art. 103 I GG an der Anerkennung von Gegeninteressen dieser Gesetze nichts geändert hat, betonte das BVfG allerdings auch [19].
Diese Sätze des BVfG fanden fast allgemeine Zustimmung [20].

2. a) Der weite Umfang des Art. 103 I GG und die spärliche Regelung des rechtlichen Gehörs in der StPO waren schon Anlaß genug für eine Vielzahl von Verfassungsbeschwerden und Entscheidungen des BVfG zu Art. 103 I GG. Die Rechtsmittelgerichte allein waren kein ausreichender Filter zur Abhaltung von Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung von Art. 103 I GG, vor allem, weil sie auch selbst - durch Rechtsmittel nicht mehr korrigierbar - Art. 103 I verletzten.

---

16) E 7,275(281); 7,95(99); 7,239(241); 8,208(209); 8,253(256); 9,123(124); 9,261(266); 10,274(283); 18,399(407); 19,32(37).

17) 6,12(14); 7,95(98); 8,253(255); 9,89(96); 17,356(361); 21,132(137).

18) E 9,89(95,98); 18,399(404).

19) E 89,89(95 f.).

20) Dahs jun. S. 15 f., 19 f. (zur allgemeinen Definition des rechtlichen Gehörs), S. 37 (zur unmittelbaren Geltung des Art. 103 I GG), S. 134 f. (zum "Beruhen"); Dürig in Maunz-Dürig Art. 103 I Rn 28 ff., insbes. Rn 29, 30, 42, 44; je mit weiteren Nachweisen.
Einzelne Gegenstimmen, z.B. BayVerf GH n.F. 4,21 (Leitsatz 4) (28); 10,1(2 f.) (zur unmittelbaren Geltung) rüttelten nicht an der Geltung dieser Grundsätze.
Neuerdings wird, im Zusammenhang mit der V-Leute-Frage in stärkerem Maß Kritik daran geübt, daß das BVfG dem Art. 103 I GG bloß einen formellen Inhalt gibt und nicht die Wirksamkeit der Gehörgewährung betont: Tiedemann MDR 1965,870(871); JZ 1967,570.

b) Zu diesen Faktoren kam hinzu, daß die Rechtsprechung des BVfG bei den Gerichten aller Rechtswege und aller Instanzen auf wenig fruchtbaren Boden fiel. Seibert [21] kritisiert zurecht, daß die ersten Entscheidungen des BVfG zu Art. 103 I, vor allem E 4,190 und 6,12, nicht "wie ein Fanal" auf die Gerichte gewirkt haben. "Es ging praktisch alles weiter wie bisher."

c) Im Strafprozeß verstärkte eine unglückliche Regelung des Gesetzes diese Wirkung. § 308 I StPO gab seit dem 3. StrRÄG dem Gegner des Beschwerdeführers zwar den Anspruch auf rechtliches Gehör; aber die Praxis bewies, daß diese Anhörung oft vergessen wurde. Wenn nun eine Entscheidung des Beschwerdegerichts zum Nachteil des Gegners des Beschwerdeführers erging, die dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzte, zeigte sich das Dilemma: Sofern der Beschluß des Beschwerdegerichts nicht Haftsachen oder die einstweilige Unterbringung betraf, verbot (und verbietet noch heute) § 310 II StPO eine weitere Beschwerde gegen den Beschluß trotz der offensichtlichen Gehörverletzung [22]. In allen diesen Fällen half dann nur noch eine Verfassungsbeschwerde [23]. Die Fälle, in denen das BVfG Versäumnisse der Beschwerdegerichte bezüglich des § 308 I StPO korrigieren mußte, häuften sich [24].

---

21) NJW 1962,1140.

22) So die h.M. z.B. BayObLG NJW 1955,470; OLG Köln MDR 1957,54 je mit weiteren Nachweisen. A.A. eine Mindermeinung, die bis zum Erlaß des StPÄG immer stärker wurde, mit Argumenten der Prozeßökonomie: Man könne mit der Gewährung der weiteren Beschwerde besser helfen als auf dem Weg über die Verfassungsbeschwerde: OLG Braunschweig JZ 1953, 640 (mit abl. Anm. v. Peters JZ 1953,641 f.); OLG Koblenz JZ 1959,31 (mit zust. Anm. v. Eb. Schmidt, ebenda); OLG Stuttgart NJW 1959, 2080; Dahs jun., S. 109.
In E 1,433(436) hielt das BVfG § 310 II StPO auch mit der Auslegung durch die h.M. für verfassungsgemäß. In E 14,54(55 f.) ließ das BVfG die Frage offen, ob Art. 103 I GG die Gewährung der weiteren Beschwerde fordert.

23) H.M. (wie Fn 22). Z.T. a.A. Peters JZ 1953,641: das Beschwerdegericht könne die Beschlüsse selbst ändern, wenn sie bloß vorbereitende und vorläufige Entscheidungen darstellen, weil diese nicht der Rechtskraft fähig sind.

24) E 4,190(192) v. 7.7.1955; 7,109(111); 9,123(124); 9,261(266); 11,29(30); 14,54(56); 17,188(190); 17,197(198); 17,262(265) (letzte Entscheidung zu § 308 I, v. 25.2.1964).

3. Vor allem zwei negative Folgen brachte die mangelhafte gesetzliche Regelung.

a) Zusammen mit der ständigen Wiederholung der allgemeinen Umschreibung des Gehörprinzips [15] hatte das BVfG eine für ein Gericht seiner Art höchst unpassende Aufgabe zu erfüllen. Es war eine Art Ersatz für ein Rechtsmittelgericht, das der Gesetzgeber einzurichten versäumt hatte. Es hatte sich ständig mit Fällen zu beschäftigen, in denen es bloß Bekanntes wiederholen mußte, ohne jegliche Bedeutung für die Fortentwicklung der Verfassungsauslegung.

Nur eine bedeutende Entscheidung ist unter den zahlreichen zu § 308 I StPO ergangenen Entscheidungen zu erwähnen [25]. Das BVfG betonte in dieser Entscheidung, daß das rechtliche Gehör grundsätzlich durch vorherige Anhörung gewährt werden müsse, weil in der Regel eine nachträgliche Anhörung nichts mehr nütze. Bei den vorläufigen Maßnahmen des Haftbefehls, der Beschlagnahme und der Durchsuchung sei ausnahmsweise die nachträgliche Anhörung zulässig, wenn der Zweck des Verfahrens eine vorherige Anhörung verbiete (Überraschung des Rechtsbrechers) (S. 97 ff.). Diese Ausnahme gelte auch im Beschwerdeverfahren, wenn die Staatsanwaltschaft gegen die Aufhebung eines Haftbefehls Beschwerde einlegt; insoweit müsse § 308 I einschränkend ausgelegt werden [26].

b) Der Betroffene war auf ein höchst umständliches, Zeit und Geld raubendes Verfahren angewiesen, bis er eine Wiedergutmachung der Verletzung seines Anspruchs auf Gehör erreichte. -

c) Um den Katalog der durch das Zögern des Gesetzgebers eingetretenen Mißstände voll zu machen: Das Schweigen des Gesetzgebers veranlaßte eine im Steigen begriffene Zahl von Oberlandesgerichten, bei einer Verletzung des Rechts auf Gehör durch das Beschwerdegericht entgegen der Vorschrift des § 310 II StPO die weitere Beschwerde zuzulassen [22]. Die Möglichkeit einer Korrektur durch das BVfG erschien ihnen ungenügend. Man mag ihr Vorgehen als billig und prozeßökonomisch bezeichnen. Daß diese Gerichte sich damit zum Ersatzgesetzgeber machten, ist unabweisbar [27].

IV. Die gesetzliche Regelung im StPÄG

Es dauerte bis zum StPÄG vom 19. 12. 1964, bis der Gesetzgeber das BVfG aus seiner Zwangslage als Ersatzrechtsmittelgericht für Gehörverletzungen befreite und den Bürgern einen einfacheren Rechtsweg gab.

---

25) E 9, 89 v. 8. 1. 1959.

26) S. 102 ff. Die Frage war in der Rechtswissenschaft bis dahin umstritten, vgl. Eb. Schmidt Lehrkomm. II § 308 Rn 7.

27) Peters JZ 1953, 641 f.

1. Das Produkt des gesetzgeberischen Bemühens war Art. 8 StPÄG [28], den man im Wettbewerbsrecht als "sklavische Nachahmung" bezeichnen würde: eine wörtliche Übernahme der Kern- und Leitsätze der Entscheidungen des BVfG [29].

a) In § 33 III StPO wurde die allgemeine Umschreibung des rechtlichen Gehörs, wie sie aus den vielen Entscheidungen des BVfG bekannt war, wörtlich übernommen, damit auch der Anspruch auf rechtliches Gehör außerhalb der Hauptverhandlung in der StPO niedergelegt sei [30].

b) § 33 IV 1 spricht die nach BVfGE 9,89(97 f.) für zulässig erklärte Einschränkung des vorherigen rechtlichen Gehörs wörtlich aus, sogar mit den vom BVfG genannten Beispielen der Untersuchungshaft und der Beschlagnahme [31].

c) Ganz wie es BVfGE 9,89(105) zugelassen hatte, wurde die Pflicht zur vorherigen Anhörung des Beschwerdegegners in § 308 I durch § 308 I 2 StPO eingeschränkt.

d) §§ 311 a, 311 III 2, sowie § 33 a regeln die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs, wenn es absichtlich - nach §§ 33 IV oder 308 I 2 - oder versehentlich nicht vor einer gerichtlichen Entscheidung gewährt wurde. Der Betroffene kann das Gericht mit dem Rechtsbehelf der Gegenvorstellung zur nachträglichen Anhörung und möglicherweise zu einer Korrektur seiner Entscheidung bringen.

2. Bis auf § 33 a waren die Neuerungen schon in den Regierungsentwürfen [32] enthalten. § 33 a wurde vom Rechtsausschuß des Bundestags in seinem Bericht vom März 1963 vorgeschlagen [33], damit nicht behauptet werden könne, "das

---

28) BGBl I 1964,1067(1077 f.).

29) Der Gesetzgeber gab die "sklavische Nachahmung" selbst zu: Begründung des RegEntw BT-Drs IV/178 S. 19 u. 41 (jeweils bei Art. 8); Bundesjustizminister Schäffer in der 1. Beratung des StPÄG im 3. BT, 128. Sitzung v. 21.10.1960, Sten.Ber. S. 7407 ("in enger Anlehnung an die Grundsätze, die das BVfG.... entwickelt hat").

30) BT-Drs IV/178 S. 19.

31) Die Begründung zum RegEntw BT-Drs IV/178, S. 42 (§ 33) nannte neben den vom BVfG angeführten noch weitere Beispiele: Untersuchung des Beschuldigten nach § 81 a StPO, Vorführung (§ 134 StPO).

32) BT-Drs III/2037 v. 17.8.1960; unverändert wieder eingebracht in der 4. Wahlperiode als BT-Drs IV/178 v. 7.2.1962.

33) BT-Drs IV/1020 S. 29 (Art. 8 Nr. 1 b) v. 1.3.1963.

rechtliche Gehör sei in unserem Strafverfahrensrecht, dem Art. 6 I MRK zuwider, nicht lückenlos gesichert" [34]. Der Bundestag nahm alle Vorschriften in der zweiten und dritten Beratung ohne Aussprache an [35].

V. Beurteilung des Verhaltens des Gesetzgebers

1. Der Gesetzgeber hat mit Art. 8 StPÄG die beiden oben genannten Hauptnachteile der alten Regelung beseitigt:

a) die häufige Befassung des BVfG mit unbedeutenden Fragen;

b) das für den Betroffenen viel zu komplizierte Verfahren zur Beseitigung von Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Zu a) Art. 8 StPÄG bringt eine wirksame Entlastung des BVfG. Wegen verfassungsrechtlich unproblematischer Fragen zu Art. 103 I GG wird das BVfG auf dem Gebiet des Strafprozesses nur noch selten beschäftigt werden. Die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe der StPO werden in aller Regel ausreichen, Verletzungen des Rechts auf Gehör zu beseitigen; und sie müssen nach § 90 II BVfGG zunächst eingelegt werden, bevor eine Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Die Bundesregierung ließ zwar offen [36], ob es zur Erschöpfung des Rechtswegs im Sinn von § 90 II BVfGG gehört, daß der Rechtsbehelf des § 311 a wahrgenommen wurde. Daß das auf Entlastung bedachte BVfG dies verlangen wird, darf man als sicher annehmen. Es hat in parallelen Fällen entschieden, daß es einen Gerichtsspruch, der das rechtliche Gehör verletzte, nicht aufhebt, wenn der Betroffene die Möglichkeit zur Verschaffung des Gehörs nicht genutzt hat [37].

Zu b) Die Konkretisierung des rechtlichen Gehörs in der StPO durch Art. 8 StPÄG trägt dazu bei, Verletzungen des Anspruchs auf Gehör zu verhindern. Denn die Gerichte werden jetzt deutlicher auf das Gewicht des Art. 103 I GG hingewiesen. Wenn das Gehör trotzdem einmal nicht gewährt wird, kann der Betroffene mit dem einfachen und klaren System von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen, das Art. 8 StPÄG brachte, eine schnelle und unkomplizierte Korrektur der Rechtsverletzung erreichen.

2. a) Die Tatsache, daß der Gesetzgeber ganze Sätze der Entscheidungen des BVfG ins Gesetz übernommen hat, kann man zwar als sklavische Nachahmung bezeichnen; aber - um im Wettbewerbsrecht zu bleiben - "unlauter" ist sie nicht.

---

34) BT-Drs IV/1020 S. 29 und zu BT-Drs IV/1020 S. 5.

35) 69. Sitzung des 4. BT v. 27.3.1963, Sten. Ber. S. 3102(3141); 132. Sitzung des 4. BT v. 24.6.1964, Sten. Ber. S. 6436 ff.(6467 ff., 6478).

36) BT-Drs IV/178 S. 42 (zu § 310 a, der zu § 311 a wurde).

37) BVfGE 5,9; 5,22.

Man muß es sogar gutheißen, daß der Gesetzgeber eine bewährte Rechtsprechung übernommen hat und nicht auf der Suche nach neuen Lösungen Zeit vergeudet hat.

b) Auch der Vorwurf, das rechtliche Gehör zu subtil geregelt zu haben mit seinem exakten Eingehen auf die Entscheidungen des BVfG - besonders die Ausnahmen und Gegenausnahmen in E 9,89 - darf gegen den Gesetzgeber nicht erhoben werden. Er hat hier zwar eine einschränkende Auslegung des § 308 I StPO durch das BVfG ins Gesetz übernommen, und man kann grundsätzlich sagen, daß der Gesetzgeber nicht alle Einzelheiten im Gesetz regeln soll; denn erweiternde und einschränkende Auslegung sind spezifische Aufgaben der Gerichte. Hier aber mußte der Hinweis auf die Einschränkung des grundsätzlich vorherigen rechtlichen Gehörs deshalb erfolgen, weil der Grundsatz - als § 33 III - neu ins Gesetz genommen wurde und ohne die Einschränkung im Gesetz (§ 33 IV, § 308 I 2) die Rechtslage nur schwer zu durchschauen gewesen wäre. Zudem wurde damit eine bis dahin bestehende Streitfrage [38] sinnvoll gelöst.

Kritik verdient nicht die enge Anlehnung an das BVfG als solche, sondern die Tatsache, daß der Gesetzgeber eine seit Anfang der 50-er Jahre erkannte Lücke der StPO erst mit dem StPÄG von 1964 schloß.
Der Gesetzgeber reagierte also erst 15 Jahre nach dem Inkrafttreten des GG und seines Art. 103 I und fast 10 Jahre, nachdem durch die Grundsatzentscheidungen BVfGE 4,190 und 6,12 aus den Jahren 1955 und 1956 die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Erweiterung und besseren Sicherung des rechtlichen Gehörs in der StPO absolut klar war. Genau dieselbe Regelung hätte der Gesetzgeber schon um die Mitte der 50-er Jahre treffen können.

Es mag sein, daß der ständig überlastete Gesetzgeber die Neuregelung des rechtlichen Gehörs deshalb so lange hinausschob, weil sein Zögern anscheinend kein bleibendes Unrecht brachte. Durch die Anrufung des BVfG konnte der Betroffene ja zu seinem Recht gelangen, wenn auch auf umständliche Weise.
In der Praxis jedoch blieb es nicht bei diesen Beschwerlichkeiten für die Bürger. Die Notwendigkeit, eine Rechtsverletzung mit dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde beseitigen zu müssen, führte oft zu einer Rechtsverweigerung. Zum einen wird niemand über die Möglichkeit, eine Verfassungsbeschwerde einzulegen, von Amts wegen belehrt. Außerdem wird die Mehrzahl der Betroffenen angesichts des umständlichen und außerordentlichen Verfahrens einer Verfassungsbeschwerde nicht die nötige Ausdauer besitzen und das Unrecht eben hinnehmen. -

---

38) Vgl. dazu Eb. Schmidt Lehrkomm. II § 308 Rn 7.

Nicht dieser einzelne Fall zu geringer Initiative ist die Gefahr, die gezeigt werden soll. Die Gefahr entsteht erst, wenn die Fälle sich häufen - eine Tatsache, die in dieser Arbeit dargelegt werden soll.

§ 11
DIE ÄNDERUNG DES § 175 StPO DURCH DAS StPÄG

I. Durch das StPÄG vom 19.12.1964 [1] wurden in § 175 StPO die Worte "nach Anhörung des Beschuldigten" eingefügt. Das OLG darf nunmehr auch nach dem Wortlaut des Gesetzes im Klageerzwingungsverfahren nur nach Anhörung des Beschuldigten die Erhebung der öffentlichen Klage beschließen, also zum Nachteil des Beschuldigten von der Entscheidung der Staatsanwaltschaft abweichen, die einer Anzeige keine Folge gab oder das Verfahren einstellte (§ 171 StPO).

1. Die Regierungsentwürfe des StPÄG vom Jahr 1960 und 1962 [2] hatten die Änderung des § 175 noch nicht enthalten.

2. Am 10.4.1962 ging eine Verfassungsbeschwerde beim BVfG ein, die rügte, das OLG Stuttgart habe im Klageerzwingungsverfahren dem Antrag des Verletzten stattgegeben, ohne den Beschuldigten vorher gehört zu haben, und damit gegen Art. 103 I GG verstoßen. Man darf annehmen, daß das BVfG dem Gesetzgeber nach wenigen Monaten gemäß §§ 94 IV, 77 BVfGG die Existenz der Verfassungsbeschwerde mitteilte.

3. Jedenfalls fand die Problematik des rechtlichen Gehörs in § 175 StPO alsbald Eingang in die Gesetzesberatungen zum StPÄG. In seinem zwischen der ersten und zweiten Bundestagsberatung des StPÄG erstellten Bericht vom März 1963 schlug der Rechtsausschuß des Bundestags die Verbesserung des rechtlichen Gehörs in § 175 vor [3]. Die Begründung lautete, man habe den Zusatz in § 175 eingefügt, "weil ohne ihn von unserem Strafverfahrensrecht behauptet werden könnte, das rechtliche Gehör sei in ihm, der Vorschrift des Art. 6 MRK zuwider, nicht hinreichend lückenlos gewährleistet" [4].
Der Bundestag bestätigte die Neuerung in seiner zweiten Beratung des StPÄG am 27.3.1963 kommentarlos.

4. Am 22.4.1964 erging die Entscheidung des BVfG über die erwähnte Verfassungsbeschwerde [5]. Das BVfG bejahte einen Verstoß gegen Art. 103 I GG.

5. Der Gesetzgeber behielt die Änderung des § 175 StPO auch in der dritten Beratung ohne Diskussion bei, und die Neufassung des § 175 wurde in der Fassung des Rechtsausschußvorschlags mit dem StPÄG vom 19.12.1964 Gesetz.

---

1) Art. 8 Nr. 3 StPÄG.
2) BT-Drs III/2037 v. 17.8.1960; BT-Drs IV/178 v. 7.2.1962.
3) BT-Drs IV/1020 v. 1.3.1963; Art. 8 Nr. 1 b.
4) Zu BT-Drs IV/1020 S. 5 (zu § 175, zu § 33 a).
5) E 17,356.

II. Diese Schilderung der Gesetzesänderung zeigt, daß der Gesetzgeber nicht gewartet hat, bis das BVfG ihm ein Handeln vorschrieb.

1. Unabhängig vom BVfG hat der Gesetzgeber jedoch auch in diesem Fall nicht gehandelt.

a) Die Rechtsausschußmitglieder wußten, als sie die Änderung des § 175 StPO vorschlugen, daß die Verfassungsbeschwerde anhängig war.

b) Daran, daß die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben würde, konnte angesichts der sonstigen Rechtsprechung des BVfG zu Art. 103 I GG kaum ein Zweifel bestehen.
aa) Dadurch, daß der Beschuldigte zum Antrag des Verletzten gar nicht Stellung nehmen konnte, war nach der allgemeinen Definition des BVfG [6] sein Recht auf Gehör verletzt.
bb) Daß § 175 StPO den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht nannte, schadete aller Voraussicht nach nichts. Der Anspruch war unmittelbar dem Art. 103 I GG zu entnehmen, ein Vorgehen, das das BVfG seit E 6, 12(14) vom 25. 10. 1956 zugelassen hatte [7].
cc) Auch war zu vermuten, daß die Verfassungsbeschwerde nicht daran scheitern würde, daß der Beschuldigte im Klageerzwingungsverfahren formell nicht Beteiligter war. Das BVfG gab das Recht auf Gehör allen, die von einer Entscheidung unmittelbar betroffen wurden [8]. -

Die Rechtsausschußmitglieder mußten also ziemlich sicher damit rechnen, daß das BVfG eine weitere in der StPO nicht genannte Ausformung des rechtlichen Gehörs formulieren würde.
Man darf somit annehmen, daß die Existenz der Verfassungsbeschwerde die Änderung des § 175 StPO mitveranlaßte. Insofern ist dem Satz von Uhse [9], § 175 sei auf die Entscheidung 17, 356 hin geändert worden, bedingt zuzustimmen, obwohl die Entscheidung erst ein gutes Jahr nach dem Vorschlag des Rechtsausschusses zur Änderung des § 175 ergangen ist.
Rechtzeitig hat der Gesetzgeber auch in diesem Fall nicht gehandelt, da die Pflicht zur Anhörung schon seit BVfGE 6, 12 von 1956 feststand.

2. Daß der Gesetzgeber nicht die Entscheidung 17, 356 des BVfG abwartete, ist wohl in der Hauptsache dem Umstand zu verdanken, daß gerade die Beratung

---

6) S. o. S. 106 (§ 10 Fn 15).
7) S. o. S. 107 (§ 10 Fn 17); dort auch weitere Beispiele, vor allem E 9, 89(96).
8) E 7, 95(98 f.); 8, 253(255 f.); 12, 6(8). Diese Rechtsprechung hat das BVfG beibehalten: E 21, 132(137).
9) in: Kaiser u. a. S. 71.

des StPÄG anstand. Angesichts dieser größeren Änderung der StPO war die Korrektur in § 175 eine Selbstverständlichkeit, die keinerlei Aufwand erforderte. Der Gesetzgeber nimmt solche verfassungsrechtliche Randbereinigungen wie im Fall des § 175 StPO jedesmal im Zuge von sowieso anstehenden größeren Reformen vor. Das zeigt sich beim VereinhG, beim 3. StrRÄG und beim StPÄG 10). Diese kleineren Anpassungen der StPO und des GVG an das GG erfolgen regelmäßig, wenn auch zum Teil, wie im vorliegenden Fall, mit Verspätung.

10) Vgl. die Zusammenstellungen unten S. 130 ff. (§ 13 A V 1 - 3).

§ 12
DIE STRAFBEFUGNIS DER FINANZÄMTER

I. Der Inhalt der Strafbefugnis der Finanzämter

Die RAO vom 13. 12. 1919 gab dem Finanzamt die Befugnis, Steuervergehen abzuurteilen, wenn diese Vergehen nur mit Geldstrafe und/oder Einziehung bedroht waren oder wenn das Finanzamt auf keine andere als diese Strafen erkennen wollte (§ 421 II).
Das Finanzamt konnte einen Strafbescheid erlassen (§ 447 I). - Wenn der Beschuldigte sein Verschulden vorbehaltlos einräumte, konnte das Finanzamt auf den Erlaß eines Strafbescheids verzichten, sofern der Beschuldigte sich der in einer Niederschrift festgesetzten Strafe unterwarf: sog. Unterwerfungsverfahren. Die Unterwerfung stand einer rechtskräftigen Verurteilung gleich (§ 445).
In beiden Fällen wurde die Verurteilung ins Strafregister eingetragen und in beiden Fällen war eine Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe möglich [1]. Daß damit die Finanzämter die Befugnis hatten, Kriminalstrafen - nicht bloß Ordnungs- oder Verwaltungsstrafen - zu verhängen, war unbestritten.

Gegen den Strafbescheid stand dem Beschuldigten entweder die Beschwerde an die Oberfinanzdirektion oder der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu (§§ 447 II, 450, 451). Ob die RAO (wenn man die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit von Strafbescheids- und Unterwerfungsverfahren unterstellt) ausreichende, rechtsstaatsgemäße Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen der Finanzämter gab, darüber herrschte Streit [2]. Diese Frage soll nicht weiter verfolgt werden, weil in diesem Kapitel die grundsätzliche Frage interessiert, nämlich, ob die Strafbefugnis der Finanzämter (in der Form des Strafbescheids- und Unterwerfungsverfahrens) selbst gegen das GG verstößt.

II. Der Streitstand

Schon bald nach der Schaffung des GG bewegte die Frage, ob die Strafbefugnis der Finanzbehörden mit der Verfassung (Art. 92, Art. 101 I 2 GG) vereinbar ist, in hohem Maß Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung. Der Streit für und wider kam über eineinhalb Jahrzehnte hinweg nicht zur Ruhe [3].

---

1) Diese Umwandlung mußte wegen Art. 104 II 1 GG freilich das Gericht vornehmen.

2) Vgl. BGHSt 13, 102(113 ff.). Zum Unterwerfungsverfahren vgl. BGHSt 15 73; je mit weiteren Nachweisen.

3) Über die wichtigsten Stimmen orientieren BGHSt 13, 102(104), das BVfG in der Entscheidung 22, 49(79 f.), in der es die Strafbefugnis der Finanzämter für verfassungswidrig erklärte, und der Bericht von Weber über BVfGE 22, 49 in JuS 1967, 376.

1. Die Rechtsprechung [4] hielt die Strafbefugnis fast ausschließlich für verfassungsgemäß. Art. 92 GG verlange nur, daß die Richter nicht endgültig von der Rechtsprechung verdrängt werden dürften. Ein Vorschaltverfahren der Verwaltung sei zulässig. Im übrigen wurde auf die Zweckmäßigkeit und Überlieferung der Strafbefugnis der Finanzämter verwiesen.

2. Mit ziemlich denselben Argumenten betonte ein Teil der Literatur, vor allem Praktiker, die Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Regelung [5]. Sie argumentierten noch stärker als der BGH mit der Zweckmäßigkeit des überlieferten und von den Beteiligten akzeptierten Verfahrens. Gerade sie verkannten Mißbrauchsgefahren nicht, verwiesen aber darauf, daß die Gefahren sich in der Praxis nicht realisierten [6].

3. Die Vertreter der Gegenansicht [7] sahen in der Strafgewalt der Finanzämter einen Verfassungsverstoß. Sie beriefen sich auf die strikte Forderung von Art. 92 GG, der die Rechtsprechung - und die Aburteilung von Strafsachen sei Rechtsprechung - ausschließlich den Gerichten zuweise und auch kein Vorschaltverfahren bei den Verwaltungsbehörden gestatte.
Es soll hier nicht subtil der Streitstand dargestellt werden. Die kurze Anführung der verschiedenen Stimmen soll nur deutlich machen, wie die Ansichten sich gegenüberstanden, welches "Material" der von verschiedenen Seiten zum Handeln aufgerufene Gesetzgeber vorfand.

III. Die Entwicklung in der Gesetzgebung. Die Rechtsprechung der Strafgerichte und des BVfG

Seit dem Anfang seiner Tätigkeit nach dem Inkrafttreten des GG befaßte sich der Gesetzgeber mit der Strafgewalt der Finanzämter.

1. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum VereinhG von 1950 enthält den Satz: "Die Gerichtsbarkeit.... in Strafsachen muß ... im Interesse eines ausreichenden Rechtsschutzes für den Bürger und aus Gründen der Rechtssicherheit in

---

4) Vgl. statt aller BGHSt 13,102(104 ff.). Nachweise für den späteren Zeitraum in JuS 1967,376.

5) Hingewiesen sei auf Haver (Rechtsanwalt) NJW 1957,88 und Großrau (Ministerialrat) NJW 1958,929, jeweils mit weiteren Nachweisen, Haver Fn 5-7, Großrau Fn 6-9.

6) Haver NJW 1957,88(90); Großrau NJW 1958,929(932).

7) Vor allem Ad. Arndt NJW 1957,249; NJW 1959,605; NJW 1959,1230; Habscheid MDR 1966,1, insbes. 5 ff.

den Händen von rechtskundigen Berufsrichtern liegen" [8]. Daraus zog die Bundesregierung aber nur unvollständige Konsequenzen.

a) Sie äußerte Bedenken gegen ausschließlich mit Laien besetzte Strafgerichte, selbst wenn diese Gerichte nur Bagatellsachen entschieden. Sie strebte deshalb die Streichung des 1948 in den Ländern der Amerikanischen Zone geschaffenen § 13 a GVG [9] an [10], der die Länder zur Bildung von Friedensgerichten ermächtigte, die mit Laienrichtern besetzt sein und in Strafsachen die Zuständigkeit von Amtsgerichten haben durften. An die Stelle des § 13 a sollte § 14 Nr. 2 GVG treten; er erlaubte den Ländern die Errichtung von Gemeindegerichten, die auch aus Laienrichtern bestehen durften, aber nur Zivilsachen mit niederem Streitwert entscheiden sollten. Trotz ihrer Bedenken wollte die Bundesregierung die Friedensgerichte im Land Württemberg-Baden, das als einziges von der Ermächtigung des § 13 a GVG Gebrauch gemacht hatte [11], bestehen lassen. Das geschah auf den dringenden Wunsch des Landes, das seine "volksnahe Justiz" behalten wollte [12], und weil die Bundesregierung bis zur großen Justizreform "Erfahrungen über den Wert und die Brauchbarkeit einer so weitreichenden Friedensgerichtsbarkeit sammeln" wollte [13], die in Strafsachen in hohem Maß die Stelle der Amtsgerichte eingenommen hatte.
Auch der Bundestag ließ die württemberg-badischen Friedensgerichte bestehen. Sie fielen erst durch die Entscheidung des BVfG vom 17. 11. 1959 [14]. Nach der Ansicht des BVfG verstieß die starke personelle Verbindung zwischen dem Amt des Friedensrichters und dem Gemeindeamt (der Bürgermeister war in der Regel zugleich Friedensrichter) gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (S. 216). Ob es verfassungswidrig sei, daß Laienrichter allein entscheiden, ließ das BVfG zunächst offen. Im Gemeindegerichtsurteil [15] verneinte es diese Frage.

---

8) BT-Drs I/530 v. 9. 2. 1950 S. 6. Ebenso Abg. Greve in der 2. Beratung des VereinhG, 79. Sitzung des 1. BT v. 26. 7. 1950, Sten. Ber. S. 2885 ("... Strafen in Zukunft nur noch durch die Gerichte ausgesprochen werden können") und Abg. Kiesinger, Sten. Ber. S. 2869.

9) Z. B. Württ. -bad. Gesetz v. 21. 10. 1948, WBRegBl 1948, 153. (Ähnliche Gesetze in den anderen Ländern der Amerik. Zone).

10) BT-Drs. I/530 S. 5 f.

11) Württ. -bad. Gesetz vom 29. 3. 1949, WBRegBl 1949, 47.

12) Abg. Kiesinger in der 2. Beratung des VereinhG, 79. Sitzung des 1. BT v. 26. 7. 1950, Sten. Ber. S. 2869.

13) RegEntw BT-Drs I/530 S. 6 und Abg. Kiesinger, 79. Sitzung des 1. BT Sten. Ber. S. 2869.

14) E 10, 200 mit zust. Anm. v. Kern JZ 1960, 244(245).

15) E 14, 56(73) v. 9. 5. 1962.

b) Die Befugnis der Polizeibehörden, Strafverfügungen auszusprechen, sollte nach dem Regierungsentwurf des VereinhG ebenfalls nur ex nunc beseitigt werden; dort, wo sie bestand (in der französischen Zone) sollte sie beibehalten werden. Das Polizeistrafverfügungsverfahren fiel erst auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestags [16] in vollem Umfang [17].

c) Auch den 3. Abschnitt des 6. Buchs der StPO, §§ 419 bis 429 (Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle) wollte die Bundesregierung im Widerspruch zum grundsätzlichen Ausgangspunkt beibehalten, ebenso die diesen Vorschriften zugrundeliegende landesrechtlich geregelte Strafbefugnis von Verwaltungsbehörden. Auch hier erreichte der Rechtsausschuß [18] die Streichung der §§ 419 - 429 StPO und die Aufhebung der landesrechtlichen Vorschriften (bis auf die Vorschriften, die auf die RAO verwiesen) [19].

Die Strafbefugnis der Finanzämter blieb jedoch aufrechterhalten.

2. Im März 1956 sah das Bild schon ein wenig anders aus. Der Bundestag nahm einen FDP-Antrag an [20], worin die Bundesregierung aufgefordert wurde, das Steuerstrafrecht, vor allem das Unterwerfungs- und Strafbescheidsverfahren, darauf zu überprüfen, ob es mit rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar ist, und erforderlichenfalls einen Gesetzentwurf vorzulegen.
Denselben Antrag an die Bundesregierung stellte im Juni 1957 der Rechtsausschuß des Bundestags [21]. Auch dieser Antrag wurde vom Bundestag angenommen [22].

3. Die Bundesregierung kam in dieser Angelegenheit nicht zur Ruhe.
Am 14.10.1958 hatte das BVfG [23] in einem obiter dictum bemerkt, die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit gehöre sicher zu den Funktionen der rechtsprechenden Gewalt, die nach Art. 92 GG "den Richtern anvertraut" ist.

---

16) BT-Drs I/1138, S. 69. Greve in der 2. Beratung des VereinhG, 79. Sitzung des 1. BT vom 26.7.1950, Sten.Ber. S. 2885.
17) VereinhG Art. 3 Nr. 179, 180 (BGBl 1950, 455 und 499).
18) BT-Drs I/1138, S. 70 und 73 (Art. 3 Nr. 163 a u. 185 b). Abg. Greve in der 2. Beratung des VereinhG, 79. Sitzung des 1. BT v. 26.7.1950, Sten.Ber. S. 2886.
19) VereinhG Art. 3 Nr. 180 u. 206 (§ 6 II Nr. 2 EGStPO).
20) 136. Sitzung des 2. BT v. 21.3.1956, Sten.Ber. S. 7046 (C) u. 7062 (Anl. 18 zur 136. Sitzung).
21) BT-Drs II/3650 S. 1 (Nr. 2 b) v. 21.6.1957 u. zu Drs II/3650, S. 2.
22) 227. Sitzung des 2. BT v. 29.8.1957, Sten.Ber. S. 13521.
23) BVfGE 8, 197(207); ebenso E 12, 264(274) v. 15.3.1961.

Der Bundestagsabgeordnete Ad. Arndt nahm diesen Satz als Gelegenheit, von der Bundesregierung erneut eine Stellungnahme zur Strafbefugnis der Finanzämter zu verlangen [24].
Der Bundesjustizminister antwortete [25], man solle aus einer Randbemerkung des BVfG nicht schließen, daß das Gericht damit ein traditionsreiches Verwaltungsstrafverfahren für unzulässig erklärt habe. Die Bundesregierung wolle das Steuerstrafverfahren jedoch überprüfen. Die Hoffnung, daß das BVfG sich zu der Strafbefugnis der Finanzamter äußern würde, habe sich leider nicht erfüllt, weil eine diesbezügliche Verfassungsbeschwerde aus formellen Gründen abgewiesen worden sei.

4. Bald darauf bestätigte der BGH [26] in einer Grundsatzentscheidung die Strafbefugnis der Finanzämter als verfassungsgemäß. -

Danach finden sich für einige Jahre keine Äußerungen der Gesetzgebungsorgane über die Strafbefugnis der Finanzämter, weder in den Regierungsentwürfen und Verhandlungen des Bundestags zum StPÄG [27] noch den Materialien zur FGO [28].
Der Streit um die Berechtigung der Strafgewalt der Finanzämter war jedoch keineswegs erloschen.
Außerdem war die Frage durch neue Verfassungsbeschwerden seit 1960 wieder beim BVfG anhängig, wovon der Gesetzgeber über die Mitteilung durch das BVfG nach §§ 97 IV, 77 BVfGG bald erfuhr.

5. a) Im Sommer 1964 tat die Bundesregierung einen entscheidenden Schritt. Ein Entwurf eines "Gesetzes zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften der RAO sowie zur Änderung der StPO und anderer Gesetze" [29] sah vor, die Strafbefugnis der Finanzämter zu streichen und sie an die ordentlichen Gerichte abzugeben. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es ausdrücklich, man wolle den Finanzämtern die Strafbefugnis ohne Rücksicht darauf entziehen, ob das GG dies verlange. Man wolle das Steuerstrafrecht möglichst weitgehend dem allgemeinen Strafrecht anpassen und zugleich die wegen des verfassungsrechtlichen Streits bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen [30].

---

24) Anfrage vom 15. 1. 1959, BT-Drs III/786, Frage 24.
25) Anl. 3 zur 59. Sitzung des 3. BT v. 29. 1. 1959, St. Ber. S. 3260.
26) BGHSt 13, 102 v. 21. 4. 1959; siehe dazu oben bei Fn 4.
27) Regierungsentwürfe v. 1960 und 1962, BT-Drs III/2037 u. IV/178. Das StPÄG trägt das Datum v. 19. 12. 1964.
28) 2. u. 3. RegEntw v. 1958 und 1963, BT-Drs III/127 und IV/1446. Die FGO datiert vom 6. 10. 1965.
29) BT-Drs IV/2476 vom 18. 7. 1964.
30) BT-Drs IV/2476 S. 15.

b) Im Jahr 1967 sah sich die Bundesregierung zu höchster Eile genötigt. Vor dem BVfG hatte die mündliche Verhandlung über die Verfassungsbeschwerden gegen die Strafbefugnis der Finanzämter stattgefunden und die Bundesregierung mußte stärker als bisher die Aufhebung der Strafgewalt der Finanzämter erwarten [31].
Sie verabschiedete deshalb am 15. 3. 1967 einen gegenüber dem Entwurf des Jahres 1964 gekürzten Entwurf (AOStrÄndG) [32]. Der Teil, der den Entzug der Strafgewalt der Finanzämter betraf (Art. 1 des Entwurfs), war der Sache nach unverändert gegenüber dem Entwurf des Jahres 1964.

c) Der Bundesrat hatte inzwischen erfahren, daß das BVfG im Juni 1967 über die Strafbefugnis der Finanzämter entscheiden wollte. Er empfahl in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf [33], man solle die endgültige Entscheidung über die Abschaffung des Unterwerfungsverfahrens bis zur Entscheidung des BVfG zurückstellen und das Unterwerfungsverfahren beibehalten, wenn das BVfG es für verfassungsgemäß erklären sollte. Die Bundesregierung lehnte ab, weil es nicht bloß auf die Frage der Verfassungswidrigkeit ankomme [34], und übersandte den Entwurf am 30. 5. 1967 an den Bundestag [35].

6. Am 6. 6. 1967 erging die erwartete Entscheidung des BVfG [36]. Das Gericht erklärte die Befugnis der Finanzämter zur Aburteilung kriminellen Unrechts für verfassungswidrig. Art. 92 GG gehe von einem materiellen Begriff der rechtsprechenden Gewalt aus, weil die Judikative andernfalls vom Gesetzgeber dadurch ausgehöhlt werden könnte, daß er ihr bestimmte Bereiche entzieht.
Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt müsse sich danach richten, was das GG darunter verstehe. Demgemäß fielen hierunter sämtliche Aufgaben, die das GG den Gerichten zuweise. Dazu kämen noch weitere Sachgebiete, vor allem der traditionelle Kernbereich der Rechtsprechung, und zu diesem zähle insbesondere die Ausübung staatlicher Strafgewalt in Form von Kriminalstrafen.
Der Gesetzgeber könne im Grenzgebiet zwischen kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht zwar wählen, ob er einen Tatbestand als Kriminalunrecht oder als Ordnungswidrigkeit ausgestalten wolle. Wenn er sich aber für die Form des kriminellen Unrechts entschieden habe, wie bei den Steuervergehen, so müsse dieses Unrecht auch von den Strafgerichten geahndet werden.

---

31) Skuhr JR 1967, 370(372).
32) BT-Drs V/1812; vgl. den Bericht in DRiZ 1967, 141.
33) Anl. 2 zu BT-Drs V/1812 S. 47.
34) Anl. 3 zu BT-Drs V/1812 S. 50.
35) BT-Drs V/1812.
36) E 22, 49.

Ein Vorschaltverfahren der Verwaltung sei auch nicht zulässig. Im Kernbereich des Strafrechts seien ausschließlich die Strafgerichte zuständig - und alles, was als kriminelles Unrecht ausgestaltet sei, gehöre zum Kernbereich.
Das Unterwerfungsverfahren sei außerdem deshalb verfassungswidrig, weil es den Rechtsweg ausschließe und somit gegen Art. 19 IV GG verstoße (S. 81 f.).
Nichtig seien die §§ 421 II, 445, 447 I RAO und alle weiteren Vorschriften der RAO, die sich auf die genannten Bestimmungen beziehen, vor allem § 470.

7. Der Gesetzgeber ging nun daran, den schon existierenden Regierungsentwurf [32] möglichst schnell zu bearbeiten, damit die Lücke nicht zu lange klaffte. Auf Vorschlag des Finanzausschusses [37] wurde nur der Teil des Regierungsentwurfs verabschiedet, der die Beseitigung der Strafbefugnis der Finanzämter betraf [38].

IV. Würdigung des Verhaltens des Gesetzgebers

1. Die geschilderte Gesetzgebungsgeschichte zeigt deutlich, daß die Mehrheit in den Gesetzgebungsorganen lange Zeit ein Handeln oder Nichthandeln davon abhängig gemacht hat, ob das BVfG das geltende Recht aufhob oder bestätigte.

2. Die Argumente, die die Bundesregierung 1964 als Gründe für die Erstellung des entscheidenden Regierungsentwurfs nannte - Rechtssicherheit; Anpassung an das allgemeine Strafverfahren - [30], galten schon Jahre vorher:

aa) Die Rechtsunsicherheit um die Auslegung des Art. 92 GG bestand seit der Geltung des GG. Sie war vor 1959, dem Jahr, in dem der BGH die Strafbefugnis der Finanzämter bestätigte [26], sogar noch größer.
bb) Für die Anpassung des Steuerstratverfahrens an das allgemeine Strafverfahren gab es auch schon 1950 gute Gründe, nachdem das VereinhG die übrigen Verwaltungsstrafverfahren beseitigt hatte [39].

b) Freilich gibt es Gegengründe, die den Gesetzgeber berechtigen, es darauf ankommen zu lassen, ob das BVfG eine umstrittene Regelung bestätigt oder aufhebt. Solch ein Zögern ist z.B. dann gerechtfertigt, wenn das alte Rechtsinstitut
aa) Tradition hat, wenn es
bb) gegenüber den neuen Vorschlägen praktikabler ist und wenn schließlich
cc) die Befürworter des alten Rechts auch gute Gründe für die Verfassungsmäßigkeit haben.

---

37) BT-Drs V/1941 v. 23.6.1967. Zu Drs V/1941 v. 27.6.1967.
38) Das Gesetz (AOStrÄndG) datiert v. 10.8.1967, BGBl I 1967,877.
39) Mit Ausnahme der praktisch unbedeutenden Kriminalstrafbefugnis der Postbehörden, §§ 34 ff. PostG.

Zu aa) Tradition hatte die Strafbefugnis der Finanzbehörden zwar. Aber das GG hatte neue Werte gesetzt, und dies vor allem im Bereich des Abschnitts "Rechtsprechung" und im Rechtsschutz durch Gerichte [40]. Selbstverständlich ergab sich aus dem GG nicht eindeutig ein Verbot der Strafbefugnis von Verwaltungsbehörden. Aber die neuen Verfassungsvorschriften machten eine Überprüfung der alten Institutionen von Grund auf notwendig; Traditionen durften deshalb nur wenig bedeuten.

Zu bb) Die Praktikabilität der alten Regelung [41] ist fraglos anzuerkennen. Aber auch die Neuregelung mit der starken Stellung der Finanzämter als "Ersatz-Staatsanwaltschaften" [42] entspricht praktischen Bedürfnissen gut.

Zu cc) Vor allem: Das, was die alte Regelung so praktikabel, elastisch und dem Rechtsunterworfenen so angenehm machte, war in hohem Maß rechtsstaatlich bedenklich. Dem Verwaltungsstrafverfahren fehlt eben die Garantie der Rechtsstaatlichkeit, die einem Gerichtsverfahren weit eher eigen ist; es fehlt die verfassungsmäßige Garantie der Unabhängigkeit der Spruchbehörde. Deshalb besteht eine größere Gefahr ungerechtfertigter Bevorzugung wie einer ungerechten Benachteiligung der Beschuldigten [43]. Nicht umsonst hat das BVfG gerade das als besonders praktikabel verteidigte Unterwerfungsverfahren wegen Verstoßes gegen Art. 19 IV GG einstimmig aufgehoben, während das Strafbescheidsverfahren nur mit 4:3 Stimmen fiel [44].

c) Wenn der Gesetzgeber trotz dieser Argumente die Strafbefugnis der Finanzämter viele Jahre hindurch aufrechterhalten hätte, weil er diese Strafbefugnis eben für die bessere Lösung hielt, so hätte man diese andere Ansicht des Gesetzgebers anerkennen müssen.
Oben wurde jedoch gezeigt, daß die an der Gesetzgebung beteiligten Organe selbst an der Qualität und der Verfassungsmäßigkeit der Strafbefugnis von Verwaltungsbehörden zweifelten. Die Bundesregierung und die zentral mit der Sache befaßten Bundestagsabgeordneten hielten es schon im Jahr 1950 für notwendig, daß "die Gerichtsbarkeit in Strafsachen im Interesse eines verstärkten Rechtsschutzes und aus Gründen der Rechtssicherheit in die Hände von rechtskundigen Berufsrichtern gelegt" werde, "daß Strafen nur noch durch die Gerichte ausge-

---

40) So auch BVfGE 22,49(74 f., 80 unten).

41) Haver NJW 1957,88(90); BGHSt 13,102(108 f.).

42) §§ 433 ff., 437 f., 440 f. RAO (in der Fassung nach dem AOStrÄndG v. 10.8.1967). Vgl. die Berichte über das AOStrÄndG von Scheuffele BB 1967,952 und Anger DRiZ 1967,412.

43) Habscheid MDR 1966,1(5).

44) BVfGE 22,49(83).

sprochen werden können" [45]. Auch der Bundesjustizminister bekundete schon im Jahr 1958 [25], daß die Bundesregierung in der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Strafbefugnis der Finanzämter unentschieden sei.
Der Gesetzgeber gab also selbst zu, daß die Abtretung der Strafbefugnis bei Steuervergehen an die Strafgerichte den Anforderungen des Rechtsstaats besser entsprach als die Strafbefugnis der Finanzbehörden. Dies galt unabhängig von der Frage der Verfassungswidrigkeit oder Verfassungsmäßigkeit der Strafbefugnis der Finanzämter.
Bei dieser Sachlage verbot sich ein Warten des Gesetzgebers auf die Entscheidung des BVfG. Seine Entscheidung konnte günstigstenfalls lauten, daß die Strafbefugnis der Finanzämter nicht gegen die Verfassung verstößt. Die obige auch vom Gesetzgeber übernommene Feststellung, daß die Ahndung von Straftaten durch die Strafgerichte den Rechtsschutz des Bürgers verbessert, wäre davon nicht berührt worden.
Der Gesetzgeber hat möglichst mehr zu tun als bloß die Verfassung einzuhalten. Er soll nicht bloß nicht verfassungswidrige Gesetze erstellen. Er muß über die Mindestanforderungen der Verfassung hinausgehen und so die Bedeutung ihrer allgemein gehaltenen Vorschriften in der täglichen Rechtsanwendung besser zum Tragen bringen [46].
Der Gesetzgeber hätte also unabhängig von der Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit die Strafbefugnis der Finanzämter zugunsten der von ihm selbst als rechtsstaatsgemäßer erkannten Strafbefugnis der Strafgerichte beseitigen müssen.

d) Als die Aufhebung der Strafgewalt der Finanzämter durch das BVfG erfolgte, mußte der Gesetzgeber die entstandene Lücke schnell schließen, um eine sichere Rechtsgrundlage zu schaffen [47].
Daß das so entstandene AOStrÄndG sogleich als unausgereift und als unbefriedigend kritisiert wurde [48], verwundert nicht.
Nicht richtig ist es jedoch, die schnelle Reaktion des Gesetzgebers auf die Entscheidung des BVfG zu beklagen mit dem Argument [49], man hätte mit dem

---

45) S. o. bei Fn 8.
46) Rupp, Gutachten S. 206 ff.; BVfGE 18,344(352) zu Art. 101 I 2 GG. Ausführlich s. o. S. 18 f. (§ 2 III 2), S. 36 f. (§ 3 II 3), s. u. S. 138 (§ 13 C II 2 b).
47) Anger DRiZ 1967,412(413,415 a. E.); Schmidt-Bleibtreu BB 1967,832(834); Finanzausschuß des BT, zu BT-Drs V/1941 S. 1 (vom 27. 6. 1967).
48) Scheufele BB 1967,952(957); Lifschütz NJW 1967,1780(1781 f.); Skuhr JR 1967,370(372).
49) Scheuffele BB 1967,952(957).

Erlaß des AOStrÄndG warten sollen, es hätte genügt, die nichtigen Bestimmungen in einer Liste aufzuführen und die neue Stellung des Finanzamts bloß grundsätzlich zu umreißen. Eine Erfüllung dieser Forderung hätte noch mehr Stückwerk hervorgebracht, als es das AOStrÄndG möglicherweise tut.
Die Kritik darf nicht hier ansetzen, sie muß sich gegen das langjährige Zögern des Gesetzgebers richten, das ein solches Eilgesetz überhaupt erst nötig machte.

Das geschilderte Festhalten an der alten Regelung beruht sicher nicht bloß darauf, daß der Gesetzgeber zu Unrecht den Spruch des BVfG abwartete. Die Komplexität des Gesetzgebungsverfahrens, in dem die Vertreter aller Interessen zu Wort kommen, und die Überlastung des Gesetzgebers mögen auch verzögernd auf die Reform des Steuerstrafverfahrens gewirkt haben. Die Möglichkeit anderer Ursachen für das Zögern des Gesetzgebers soll damit nur angedeutet werden. Diese Arbeit behandelt bewußt nur die Anlehnung des Gesetzgebers an die Rechtsprechung des BVfG. (Eine Zusammenstellung anderer Ursachen, die ebenfalls eine Verzögerung der Gesetzgebung bewirken, findet sich unten S. 133 ff., § 13 B).

§ 13
ZUSAMMENFASSUNG

Im folgenden werden die verschiedenen Verhaltensweisen des Gesetzgebers, wie sie sich in den vergangenen Kapiteln ergaben, zusammenfassend geschildert. Es wird versucht, aus den Einzelfällen gemeinsame Merkmale zu ziehen und Gruppen zu bilden (A).
Damit nicht, wenn dabei ein bestimmtes Verhalten des Gesetzgebers festgestellt wird, das auf eine Abhängigkeit vom BVfG schließen läßt, der - sicher unrichtige - Eindruck entsteht, als beruhe ein solches Verhalten allein auf der Anlehnung an das BVfG, werden auch andere Ursachen aufgezeigt, die ein gleichartiges Verhalten des Gesetzgebers bewirken können (B).
Am Ende folgt eine zusammenfassende Wertung der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG (C).

A. Ergebnis der Einzelfälle einer Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG

I. Vollziehung von Entscheidungen des BVfG durch den Gesetzgeber

1. Auf dem Gebiet des rechtlichen Gehörs (§§ 33, 33 a, 308 I 2, 311 III 2, 311 a StPO) hielt sich der Gesetzgeber wörtlich an die Entscheidungen des BVfG und sorgte so lange Zeit nach dem Ergehen der Entscheidungen für eine Anpassung des einfachen Gesetzes an die Anforderungen des GG. Er verbesserte die Rechtsbehelfe des Bürgers und entlastete das BVfG. Neue materielle Berechtigungen gab er mit der Änderung nicht.

2. AOStrÄndG vom 10. 8. 1967: Dieses Gesetz brachte eine Änderung, die den Gesetzgeber seit dem Bestehen des GG beschäftigte, die er aber immer wieder aufschob. Er ging erst daran, die Strafbefugnis der Finanzämter zu beseitigen, als ihre Aufhebung durch das BVfG kurz bevorstand, und er verabschiedete das AOStrÄndG erst, nachdem das BVfG die Strafbefugnis der Finanzbehörden für verfassungswidrig erklärt hatte.

II. Nicht in direktem Vollzug von Entscheidungen des BVfG, sondern nur in mehr oder weniger starker Anlehnung an sie handelte der Gesetzgeber in den folgenden Fällen.

1. Im 3. StrRÄG verpflichtete der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 308 I StPO das Beschwerdegericht, dem Gegner des Beschwerdeführers rechtliches Gehör zu geben. Als Richtlinie für die Ansicht des BVfG hatte er nur den ungenauen Hinweis aus BVfGE 1,433(438).

2. Bei der Änderung des § 175 StPO im StPÄG wurde die Pflicht des OLG festgelegt, den Beschuldigten anzuhören, bevor es dem Klageerzwingungsantrag statt-

gibt. Die Initiative hierzu ergriff der Gesetzgeber zu einer Zeit, als die speziell § 175 StPO betreffende Entscheidung des BVfG kurz bevorstand und die Lösung schon aus der allgemeinen Rechtsprechung des BVfG zu Art. 103 I GG zu ersehen war.

3. Der Aufnahme des § 29 ins DRiG vom 8.9.1961 lag nur die Entscheidung 4,331(345) des BVfG zugrunde, die eine möglichst starke Einschränkung der Verwendung von Hilfsrichtern forderte. Der Gesetzgeber konkretisierte mit § 29 DRiG diesen allgemeinen Satz. Ein Jahr später erging eine Entscheidung des BVfG speziell zur Mitwirkung von Hilfsrichtern in Kollegialgerichten. Die vorher geschaffene Regelung in § 29 DRiG befreite das BVfG von dem Zwang, selbst die Rechtsunsicherheit beseitigen zu müssen.

4. Die allgemeine Formulierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Recht der Untersuchungshaft, die umfassende Anerkennung des Erforderlichkeitsgrundsatzes und die Begrenzung der zeitlichen Dauer der Untersuchungshaft durch das StPÄG hatten zur Zeit ihrer Entstehung nur BVfGE 10,271 als verfassungsgerichtliches Vorbild auf dem Gebiet der Untersuchungshaft. Im übrigen konnte der Gesetzgeber nur Entscheidungen zum Übermaßverbot aus dem außerstrafprozessualen Bereich heranziehen.

5. Die Vorschrift des § 69 II GVG über die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung - vornehmlich in überbesetzten Spruchkörpern - wurde erst eingeführt, als mehrere Verfassungsbeschwerden zu der Frage der Überbesetzung anhängig waren. Gegner wie Befürworter des § 69 II GVG beriefen sich auf die kurz zuvor ergangene E 17,294 des BVfG (die sich zu der Frage gar nicht genau äußerte).

III. Gesetzliche Regelung in Erwartung einer Entscheidung des BVfG

1. § 172 III 2 StPO: Der Plan, die unbillige Beschwer armer Antragsteller zu beseitigen, bestand unabhängig von einer Entscheidung des BVfG schon seit dem Regierungsentwurf des 3. StrRÄG vom September 1952. Seit Ende 1952 war eine Verfassungsbeschwerde gegen den alten § 172 III 2 anhängig, die das BVfG wenige Tage nach der dritten Bundestagsberatung des 3. StrRÄG im Sinn des Beschwerdeführers entschied. Durch diese zeitliche Parallelität wurde der Gesetzgeber auf die Dringlichkeit der Reform hingewiesen.

2. § 29 DRiG: Mitwirkung nur eines Hilfsrichters in einem Spruchkörper. Diese Bestimmung wurde am 8.9.1961 Gesetz, nachdem gleichlautende Vorschriften schon in die VwGO und ihre Entwürfe und in die seit 1957 bestehenden Entwürfe des DRiG aufgenommen worden waren. Seit Dezember 1960 war eine am 3.7.1962 durch BVfGE 14,156 entschiedene Verfassungsbeschwerde wegen derselben Frage anhängig, die die Mitwirkung von zwei Hilfsrichtern in einem

verfassungswidrig erklärte.

IV. Hauptgruppe: Der Gesetzgeber wartet eine Entscheidung des BVfG ab, wenn das BVfG die alte Regelung bestätigt, läßt er diese bestehen.

1. Die bevorzugte Zuständigkeit: Der Gesetzgeber änderte trotz Angriffen in der Literatur und obwohl ein Verfahren vor dem BVfG anhängig war, den § 44 I Nr. 2, 3 BVG nicht. Nachdem das BVfG das geltende Recht als verfassungsgemäß bestätigt hatte, blieb der Gesetzgeber weiterhin passiv, obwohl das BVfG anfügte, eine bessere Regelung sei denkbar.

2. Auch eine gesetzliche Regelung der V-Leute-Frage unterließ der Gesetzgeber trotz der Anhängigkeit von Verfassungsbeschwerden und obwohl die Praxis der Staatsschutzbehörden von vielen als unzulässig oder jedenfalls als unangemessen bezeichnet wurde. Nachdem das BVfG es abgelehnt hat, die Verwendung heimlich mittelbarer Zeugen als verfassungswidrig zu verwerfen, scheint der Gesetzgeber sich damit zufrieden zu geben.

3. Die Übersetzung von Sprachkörpern: Der Gesetzgeber wartete mit einer Regelung, bis das BVfG in § 14, 244 und 16, 144 eine praktikable Regelung erarbeitet hatte, die ein Tätigwerden des Gesetzgebers überflüssig machte.

4. In der Frage der Verteidigerausschlüsse wartete der Gesetzgeber von 1965 Entscheidungen des BVfG ab, die ihm helfen sollten, das Problem zu klären. Gewonnen hat der Gesetzgeber bisher wenig (s. o. 5. a) II/2). Das BVfG sieht nun Änderung darauf hin, daß es die Ausschlußfälle festlegen muß.

5. In diesem Stadium des Wartens auf Entscheidungen des BVfG, die eine Gesetzgebungshilfe darstellen sollten oder jedenfalls als solche aufgefaßt waren, befanden sich auch viele Fälle aus den ersten drei Gruppen:
Die Staffelung der Finanzämter: Hier sagte [illegible]

man warte auf eine klärende Entscheidung des BVfG.
Die Frage der spruchkörperinternen Geschäftsverteilung, § 69 II GVG.
Die Regelung des rechtlichen Gehörs in §§ 33, 33 a, 308 I 2, 311 und 311 a StPO.
Die Verbesserung des rechtlichen Gehörs in § 175 StPO.
Die Niederlegung des Übermaßverbots im Recht der Untersuchungshaft, wo lange um eine Liberalisierung gekämpft wurde.

Dieses Zögern mit einer gesetzlichen Regelung ist somit das beherrschende Merkmal der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG. (Zur Beurteilung dieser Abhängigkeit s. u. Abschnitt C).

V. Die geschilderten Fälle der Abhängigkeit sind nicht etwa bloß einzelne Ausnahmefälle.
Ein Überblick über die einschlägigen Gesetze zeigt, daß auf verfassungsrechtlich streitigen Gebieten des Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrechts ein Handeln des Gesetzgebers nur selten erfolgt, ohne daß er Anhaltspunkte des BVfG aufgreift oder einem Druck des BVfG folgt.

1. Das VereinhG vom 12. 9. 1950 [1], das wegen seiner Dringlichkeit nur in Ausnahmefällen Neuerungen bringen wollte [2], enthielt noch eine größere Zahl von - auch grundlegenden - das Verfassungsrecht berührenden Änderungen, die, da das BVfG erst 1951 geschaffen wurde, naturgemäß nicht im Zusammenhang mit Entscheidungen des BVfG standen:
Abschaffung der Polizeistrafverfügungen [3];
Streichung der §§ 419 bis 429 StPO [4];
Wegfall der Ermächtigung zur Errichtung von Friedensgerichten (die bestehenden wurden aber beibehalten) [5];
Einführung des § 136 a StPO (erst in den Rechtsausschußberatungen) [6];
Reduzierung der Haftgründe bei der Untersuchungshaft [7];

---

1) BGBl 1950, 455; Art. 1: GVG; Art. 3: StPO.
2) RegEntw BT-Drs I/530, Begründung S. 3, 13, 38; Abg. Laforet und Greve in der 2. Beratung des VereinhG, 79. Sitzung des 1. BT, Sten. Ber. S. 2866, 2877. Gerner NJW 1950, 722; Geiger SJZ 1950, 707.
3) S. o. S. 120 (§ 12 III 1 b).
4) S. o. S. 120 (§ 12 III 1 c).
5) S. o. S. 119 (§ 12 III 1 a).
6) BT-Drs I/1138 S. 47 f. (Art. 3 Nr. 44 a).
7) S. o. S. 85, insbes. Fn 4 (§ 8 I 1).

Neufassung der §§ 127, 128 StPO über die vorläufige Festnahme, die durch Art. 104 GG nötig wurde;
Verbesserung der Vorschriften über die körperliche Untersuchung: §§ 81 a - d StPO;
Änderung der Normen über die Durchsuchung.

Diese doch nicht unerhebliche Zahl an Neuerungen [8], die das Verfassungsrecht berühren, ist darauf zurückzuführen, daß die Schaffung des GG erst ein Jahr zurücklag. Der Bundesregierung und vor allem den Bundestagsabgeordneten erschien es als unangemessen oder als unmöglich, bloß die Rechtsvereinheitlichung anzustreben und die Entwicklung in der Regel auf die Zeit vor dem Nationalsozialismus zurückzudrehen, dabei aber die Schaffung des GG zu ignorieren [9].

2. Im 3. StrRÄG vom 4. 8. 1953 [10] waren die das Verfassungsrecht berührenden Normen schon seltener. Das Gesetz änderte die StPO und das GVG in der Regel nur, soweit Änderungen des materiellen Strafrechts dies nötig machten [11]. Die daneben noch geplante Bereinigung von Streitfragen im Strafprozeßrecht [11] brachte nur ziemlich unbedeutende Korrekturen.
Die das Verfassungsrecht - meist nur am Rand - berührenden Änderungen waren [12]:
§ 35 a StPO: zwingende Rechtsmittelbelehrung [13];
§ 81 a: Blutprobe nur durch den Arzt;
§ 115 b a. F.: Anhörung des Beschuldigten vor einer Entscheidung im Haftprüfungsverfahren [14];
§ 117 StPO a. F.: die Aussetzung des Untersuchungshaftvollzugs wurde erweitert [15];

---

8) Zusammenstellungen bei Gerner NJW 1950, 722 (723 f.: GVG, 727 ff.: StPO); Geiger SJZ 1950, 708 ff. (GVG); Dallinger SJZ 1950, 732 ff. (StPO).
9) RegEntw BT-Drs I/530, Begründung S. 33.
10) BGBl I 1953, 735. Art. 3: GVG; Art. 4: StPO.
11) RegEntw des 3. StrRÄG, BT-Drs I/3713 S. 18, 19. Abg Schneider in der 2. Beratung, Sten. Ber. des 1. BT S. 12992; Dallinger JZ 1953, 432.
12) Zusammenfassende Übersichten geben Dallinger JZ 1953, 432 ff.; Kern GA 1953, 44 ff.; Lange NJW 1953, 1161 (1165).
13) Im Jahr 1953 war schon klar, daß nach der Ansicht des BVfG die Verfassung (Art. 103 I) eine Rechtsmittelbelehrung nicht vorschreibt: BVfG v. 25. 1. 1951 (1 BvR 200/51), mitgeteilt von Röhl NJW 1953, 1532 Fn 14.
14) S. o. S. 105 (§ 10 II 3 a) mit Fn 10.
15) S. o. S. 86 (§ 8 I 2).

Die Problematik der §§ 53 f., 97 (Zeugnisverweigerungsrechte und damit zusammenhängende Beschlagnahmeverbote) wurde nur gestreift [16].
(Die Änderungen der §§ 172 III und 308 I StPO hängen schon mit Entscheidungen des BVfG zusammen [17]).

3. Das StPÄG beschränkte sich auf Änderungen, "die sich organisch in das geltende Strafprozeßrecht einfügen und in ihren Auswirkungen überschaubar sind" [18].
Die das Verfassungsrecht berührenden Änderungen der StPO und des GVG im StPÄG [19] [20] erfolgten meist in Abhängigkeit von Entscheidungen des BVfG [21].
Einzige ziemlich vom BVfG unabhängige Änderung auf verfassungsrechtlichem Gebiet ist die Konkretisierung des Übermaßverbots im Recht der Untersuchungshaft (s. o. § 8).

4. In den sonstigen seit 1950 in der StPO und im GVG geregelten Fragen bestand keine nennenswerte verfassungsrechtliche Problematik.
Zum Beispiel:

Im Vereinheitlichungsgesetz [1]:
Erweiterung der notwendigen Verteidigung;
Wiedereinführung der Voruntersuchung und des Eröffnungsbeschlusses;
Verbot der reformatio in peius;
Regeln über die Verteidigung.

Im 3. StrRÄG [10]:
Schaffung des erweiterten Schöffengerichts;
Normen über die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung.

Im StPÄG [19]:
Schlußgehör vor der Staatsanwaltschaft;
Verbesserung der Rechte des Verteidigers;
Neue Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten;
Der (nicht Gesetz gewordene) Plan zur Erweiterung des Eröffnungsverfahrens.

---

16) S. o. S. 10, insbes. Fn 7.
17) S. o. S. 74 ff. (§ 6) und S. 105 f. (§ 10 II 3 b).
18) RegEntw des StPÄG, BT-Drs IV/178 S. 15 f.
19) BGBl 1964, 1067.
20) Vgl. die Übersichten von Kleinknecht JZ 1965, 113 ff., 153 ff.; Dahs NJW 1965, 81; Kaiser u. a.; Schmidt-Leichner NJW 1965, 1309.
21) §§ 33, 33 a, 308 I 2, 311 III, 311a StPO (s. o. § 10); § 175 StPO (s. o. § 11); § 69 II GVG (s. o. § 9).

Auch alle sonstigen Gesetze, die seit 1950 die StPO und das GVG änderten [22], betrafen keine verfassungsrechtlichen Fragen.

VI. Es zeigt sich, daß der Gesetzgeber im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht verfassungsrechtlich erhebliche Änderungen nur selten aus eigener Initiative vornimmt. Meist wartet er mit einer Regelung, bis zu der betreffenden Frage eine Entscheidung des BVfG ergangen ist oder unmittelbar bevorsteht. Eine Gesetzesänderung erfolgt in der Regel nur dann, wenn das BVfG entschieden hat, daß der Gesetzgeber die Anforderungen der Verfassung nicht erfüllt oder wenn eine solche Entscheidung zu erwarten ist. Wenn das BVfG das geltende Recht dagegen bestätigt, sei es auch bloß gerade noch, dann schweigt der Gesetzgeber meist auch nach der Entscheidung.
Eine Kritik soll mit dieser Feststellung noch nicht verbunden sein [23].

B. Andere Ursachen, die ebenfalls für das Zögern und Nichthandeln des Gesetzgebers im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht verantwortlich sein können

Durch die obige Darstellung könnte der Eindruck entstehen, als ob das Zögern und Nichthandeln des Gesetzgebers in verfassungsrechtlichen Fragen allein darauf beruhe, daß er sich in diesen Fragen zu sehr an das BVfG anhängt oder zu lange auf Entscheidungen des BVfG wartet. Damit ein solcher falscher Eindruck nicht entsteht, sollen im folgenden andere mögliche Ursachen angeführt werden, die ebenfalls verzögernd auf die Entschlüsse des Gesetzgebers wirken können. Diese anderen gleichwirkenden Ursachen werden aber nur schlagwortartig aufgezeigt. Denn diese Arbeit will nur die Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG untersuchen.

I. 1. Es kann zunächst sein, daß der Gesetzgeber von der Richtigkeit der alten Regelung überzeugt ist und deshalb Änderungsvorschläge nicht berücksichtigt. Eine solche Ursache ist sehr wahrscheinlich für das Schweigen des Gesetzgebers in den Fällen der beweglichen Zuständigkeit, wo eine feste herrschende Meinung die Ordnungsmäßigkeit der alten Regelung bejahte.

2. Selbst wenn zu einem bestimmten Problem in der Rechtsprechung und der Literatur Streit besteht, wird der Gesetzgeber oft auf der alten Regelung beharren, weil sie die traditionelle ist und sich als praktisch erwiesen hat. So handelte er zum Beispiel, als er 1950 die Friedensgerichte in Württemberg-Baden bestehen ließ (s. o. S. 119). So mag es auch im Fall der Strafbefugnis der Finanz-

22) Eine Zusammenstellung der Gesetze und der durch sie geänderten Vorschriften bringt Schwarz-Kleinknecht S. XXVI ff.

23) Zur Bewertung dieser Abhängigkeit s. u. S. 137 ff. (Abschnitt C).

behörden im Jahr 1950 gewesen sein, als die aus den neuen Vorschriften des GG zu ziehenden Konsequenzen noch unentschieden waren. Ähnliche Überlegungen des Gesetzgebers mögen zunächst auch bei der Frage des Verteidigerausschlusses mitgeschwungen haben, wo man seit 1870 ohne ein Gesetz ausgekommen war.

3. Der Gesetzgeber will - jedenfalls im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht - nicht wegen eines jeden als regelungsbedürftig anerkannten Problems das förmliche Gesetzgebungsverfahren (Art. 76 ff. GG) in Gang bringen. Sofern das Problem nicht von hoher Bedeutung ist, wird er mit einer Regelung warten, bis eine größere Novelle in die Gesetzesberatung kommt.
Folgerichtig stehen fast alle im Hauptteil geschilderten Regelungen innerhalb größerer Reformgesetze: dem VereinhG, dem 3. StrRÄG, dem DRiG und dem StPÄG. Lediglich für die Aufhebung der Strafgewalt der Finanzämter wurde aus Dringlichkeitsgründen ein Spezialgesetz verabschiedet, das Teil eines ursprünglich umfangreicheren Entwurfs war.

4. Lähmend auf die Aktivität in der Gesetzgebung kann die Tatsache wirken, daß an der Gesetzgebung mehrere Organe beteiligt sind: die Bundesregierung, die Länderregierungen, der Bundestag, der Bundesrat und deren Untergliederungen [24]. Vor allem der Gegensatz Bund - Länder kann in Form eines Widerspruchs des Bundesrats gegen ein zustimmungsbedürftiges Gesetz eine Neuregelung verhindern. Bei bloßen Einspruchsgesetzen kann auch die politische Aktivität des föderativen Organs Bundesrat oder die der Länder eine vom Bund gewünschte Neuerung unterbinden [25].
Als Beispiele für die Hemmung der Gesetzgebung infolge der Beteiligung mehrerer Organe am Gesetzgebungsverfahren bieten sich an: die Äußerung des damaligen Bundesjustizministers Schäffer bei der ersten Beratung des StPÄG im Bundestag am 21.10.1960, die Landesjustizverwaltungen hätten den im Regierungsentwurf vorgesehenen Umfang der Reformen wesentlich mitbestimmt [26]; die Nichteinführung des § 25 II, III des Regierungsentwurfs 1958 des DRiG [27]; der Versuch des Bundesrats zur Ablehnung des § 69 II GVG [28].

5. Unter den einzelnen an der Gesetzgebung beteiligten Organen und innerhalb der Organe kann der Parteiengegensatz eine Aktivität in der Gesetzgebung

---

24) Huber, S. 20 Fn 44.
25) Hermens S. 456 f.; Rudolf Wildenmann, Macht und Konsens als Problem der Innen- und Außenpolitik, Frankfurt und Bonn 1963, S. 86 ff. (III).
26) Sten. Ber. des 3. BT S. 7407.
27) S. o. S. 80 f. (§ 7 II 2).
28) S. o. S. 99 (§ 9 IV 3).

verhindern [29], auch wenn Bestrebungen zu einer Neuregelung im Gang sind.

Ein Beispiel aus dem Strafprozeßrecht bietet die Frage des Verteidigerausschlusses, wo dem SPD-Antrag eine einheitliche Ablehnung durch die CDU/CSU entgegenstand. Die Fraktionsübereinstimmung war hier aber nur ein wenig bedeutender Faktor [30].
Überhaupt wird der Parteiengegensatz meist nur in den wirklich politischen Streitigkeiten einen Hemmungsgrund darstellen, nicht aber in den doch hauptsächlich juristischen Streitfragen des Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrechts [31].

Zu 4. u. 5. Oft wird das fertige Gesetz schließlich einen Kompromiß der verschiedenen Meinungen und Richtungen darstellen. Es muß auf Teile des ursprünglichen Plans verzichtet werden, damit überhaupt etwas verabschiedet werden kann [32].

6. Den wichtigsten Einfluß auf die Gesetzgebung üben in der Gegenwart die Interessenverbände aus. Ihr Einfluß wird wegen der konträren Interessen oft zur Lähmung der Gesetzgebung oder zu wenig fortschrittlichen Kompromissen führen [33].
Auf dem Gebiet des Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrechts darf dieses Kapitel aber weitgehend vernachlässigt werden, denn außer den Beamten-, Richter- und Rechtsanwaltsverbänden sind kaum Verbände an der Gesetzgebung interessiert.

---

29) Hermens S. 456; Hellwig BDI-Gespräch S. 34; zum Parteieneinfluß: Leibholz VVDStRL 24 (1966), 5(14 ff.).

30) S.o. S. 59 und S. 64 f. (§ 5 B 2 u. B 8).

31) So nennt auch Hermens, S. 456 f., als Beispiel für die hemmende Wirkung der Parteiengegensätze nicht den Strafprozeß, sondern die politischen Fragen, z.B. die Nichteinführung des Mehrheitswahlrechts.
Auch Wittkämper, S. 175, nennt bei seiner Aufzählung traditioneller Interessengebiete nicht das Strafprozeßrecht.

32) Dreher JZ 1953, 421.

33) Eine Anführung der reichen Literatur muß sich auf wenige Stimmen beschränken: vor allem Wittkämper und Breitling. Vgl. auch Huber, Staat und Verbände; BDI-Gespräch; Loewenstein S. 367 ff.
Vgl. insbes. die Beispiele für eine institutionalisierte beratende Mitwirkung der Interessenverbände an der Gesetzgebung, vor allem nach den Geschäftsordnungen des Bundestags, Bundesrats und der Bundesministerien: Wittkämper S. 47 ff.; Hennis PVS 1961, 23(27 ff.); Kipp DÖV 1957, 513 ff. (insbes. 521); Scheuner DÖV 1965, 577(578).

Für die Hauptinteressenten, die Beschuldigten, setzt sich kein Verband ein, sofern nicht die Interessen der Rechtsanwälte mit denen der Beschuldigten konform gehen. Der Einfluß der Beamten in der Justizverwaltung offenbart sich über die Ministerialbürokratie wirksamer als über die Verbände und zählt somit unter Nr. 4.
Ein Beispiel dafür, daß die Rechtsanwälte hemmend auf die Gesetzgebung gewirkt haben, bietet die Entwicklung zum Ausschluß von Verteidigern, wo die Rechtsanwälte eine entscheidende Rolle bei der Aufschiebung der Frage spielten [34]. Allerdings waren es auch Rechtsanwälte, die eindringlich eine gesetzliche Regelung der Frage forderten [35].

7. Auch die Überlastung des Gesetzgebers - insbesondere mit Wirtschafts- und Sozialgesetzen - ist eine bedeutende Ursache dafür, daß der Gesetzgeber grundsätzlich erst verspätet an nötige Reformen herangeht.

II. Diese Aufstellung weiterer Gründe, die verzögernd auf das Handeln des Gesetzgebers wirken können, erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Die wichtigsten sind
a) die Gegensätze zwischen den an der Gesetzgebung beteiligten Organen;
b) die Überlastung des Gesetzgebers;
c) die Übung des Gesetzgebers, im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht nur wegen größerer Reformen Änderungsgesetze zu erstellen.

Trotz dieser anderen Ursachen behält der Faktor der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG seine Bedeutung.
Diese Feststellung ist aus zwei Gründen gerechtfertigt:
(1) Der Einfluß des BVfG wird von den an der Gesetzgebung beteiligten Organen sehr oft klar genannt. Der Einfluß der anderen Ursachen kann dagegen in vielen Fällen nur auf Vermutungen basieren.
(2) Die Rechtsgebiete des Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrechts stehen in enger Verbindung mit der Verfassung. Nicht umsonst wird die StPO als "Ausführungsgesetz zum GG" [36] bezeichnet. Dieser Ausspruch darf auch auf die mit Art. 101 I 2 GG zusammenhängenden Vorschriften des GVG übertragen werden.

---

34) S.o. S. 62 f. (§ 5 B 5 b).

35) Abg. Ad. Arndt und Jahn bei der Beratung der BRAO, s.o. S. 58 f. (§ 5 B 2);
Abg. Jahn und Hirsch in der 2. u. 3. Beratung des StPÄG s.o. S. 64 und 65 (§ 5 B 8 u. 10).

36) Eb. Schmidt, Lehrkomm. I Rn 333; s.o. § 1 Fn 11.

Auf diesen Gebieten ist der Einfluß des BVfG und die Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG naturgemäß sehr stark.

C. Zusammenfassende Bewertung der Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG

I. Diese geschilderte starke Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG ist bis zu einem gewissen Grad berechtigt. Es ist oft sachgemäß, daß der Gesetzgeber, wenn er bei den Gesetzesberatungen auf verfassungsrechtliche Probleme stößt, sich an der Rechtsprechung des BVfG orientiert.

a) "Der Gesetzgeber muß sich an die ständige Rechtsprechung der Verfassungsgerichte halten, will er im gegenteiligen Fall nicht das Risiko eingehen, daß seine Rechtsakte der überprüfenden Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zum Opfer fallen" [37]. Diese "Ausstrahlung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf die künftige legislative Arbeit ist ein wesentliches Moment jeder Verfassungsgerichtsbarkeit" [38].

b) Einen gleichartigen Einfluß können bevorstehende Entscheidungen des BVfG ausüben. Sie sind für den Gesetzgeber genauso bedeutsam, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß er umsonst gearbeitet hat. Nur ist er in bezug auf künftige Entscheidungen mehr auf Vermutungen angewiesen.

II. Der Gesetzgeber muß bei dieser an sich berechtigten Anlehnung immer folgendes beachten [39]:

1. Er darf in der Regel nicht bloß eine ergangene Entscheidung des BVfG vollziehen, das heißt: nicht mehr und nicht weniger regeln, als die Entscheidung sagt.

2. Er darf, wenn er auf eine Entscheidung wartet, nie hoffen, das BVfG bringe eine volle Lösung einer strittigen Frage.

Zu 1. und 2. Das gilt aus folgenden Gründen:

a) Das BVfG entscheidet nur Einzelfälle. Es kann somit kein vollständiges System für die Neuregelung eines Sachgebiets liefern. Selbst wenn es eine oder

---

37) Ermacora, S. 25; ebenso Hermens S. 458.

38) Karl, S. 172, der meint, daß diese "mittelbare Beeinflussung der Legislativorgane durch das BVfG ... viel zu wenig beachtet wird"

39) Was unter Beschränkung auf die Frage des Verteidigerausschlusses schon oben S. 68 (§ 5 C II 2) gesagt wurde.

mehrere Gesetzesbestimmungen mit allgemeinverbindlicher Wirkung [40] aufhebt, so ist damit noch wenig über das Aussehen der neuen Vorschriften gesagt, die an die Stelle der aufgehobenen treten müssen.

b) Das BVfG entscheidet, wenn es eine Norm überprüft, nur über die Frage der Verfassungswidrigkeit oder Verfassungsmäßigkeit der Norm.
Unsere Verfassung ist lediglich eine Grundordnung [41], ein "Grund"-Gesetz im wörtlichen Sinn. Sie ist "in ihrer Ausdrucksbreite beschränkt", "zeichnet nur die allgemeinen Linien grundrechtlicher Ordnung vor" und hat so "generalklauselhaften Charakter" [42]. Das heißt: Wenn das BVfG ein Gesetz für verfassungsgemäß erklärt, so sagt es damit bloß, daß das Gesetz mit unserer Grundordnung vereinbar ist, es sagt damit nicht, ob das Gesetz zweckmäßig und gut ist [43].
Die wenig konkrete Fassung unseres GG und die daraus folgende begrenzte Prüfungskompetenz des BVfG sind keineswegs bloß die Folgen schlechter Kompromisse, sie sind zu einem guten Teil so gewollt. Denn den politischen Kräften, vor allem dem Gesetzgeber, muß unbedingt ein gewisser Spielraum bleiben [44]. Gerade der Gesetzgeber muß unsere Verfassung ausfüllen, ihre grundsätzlichen Aussagen mit Gehalt füllen, der sie für den Einzelfall anwendbar macht [45]. Das gilt nicht bloß für Art. 101 I 2 GG, zu dem das BVfG selbst meinte, es sei gut, wenn der Gesetzgeber über die Anforderungen des GG hinausgeht [46].
Für den Gesetzgeber ist die Frage der Verfassungsmäßigkeit nur ein Teil seiner Überlegungen; für ihn werden unter politischen und rechtlichen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten noch viele Einzelheiten wichtig, zu denen das BVfG nichts oder nur wenig sagen kann.

c) Der Gesetzgeber muß bedenken, daß das BVfG nur zur gegenwärtigen Rechtslage entscheidet, das heißt vor allem zum gegenwärtigen Stand der Geset-

---

40) § 31 BVfGG.

41) BVfGE 2,124(130).

42) Karl, S. 109.

43) BVfGE 1,4(5); 1,7(8); 1,97(100 f.: "Das BVfG ist keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen"); 1,418(428 f.); 3,162(182); 3,213(219 f.); 4,1(7); 4,352(357); 8,28(36 f.); 9,201(206); 17,199(203). Eschenburg S. 797; Leibholz, Status S. 76 f.

44) Eschenburg S. 267; Scheuner DÖV 1960,601(610).

45) Rupp Gutachten S. 206 ff. (s. auch oben S. 36 f.; § 3 II 3). Hanack JZ 1965, 142: Man soll nicht Einzelfragen allein durch Bezugnahme auf Grundsätze der Verfassung zu lösen versuchen.

46) E 18,344(352).

ze, die die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte ausfüllen. Dem Gesetzgeber steht es meist frei, neue Grundrechtsbeschränkungen in Ausfüllung eines Gesetzesvorbehalts zu schaffen. Inwieweit er dies darf, darüber sagt die zur gegenwärtigen Rechtslage ergehende Entscheidung des BVfG gar nichts.

Aus dieser beschränkten Aussagekraft von Entscheidungen des BVfG für den Gesetzgeber folgt:
Der Gesetzgeber muß sich auch selbständig mit verfassungsrechtlichen Fragen auseinandersetzen. Er darf regelmäßig nicht warten, bis das BVfG die verfassungsrechtlichen Fragen gelöst hat. Es besteht keine alleinige Entscheidungskompetenz des BVfG über verfassungsrechtliche Fragen. Die Gefahr entgegenstehender Auffassungen des BVfG in späteren Entscheidungen darf den Gesetzgeber nicht abhalten, verfassungsrechtliche Fragen selbständig zu entscheiden. Sonst würde er seiner von Rupp [45] zurecht so sehr betonten Aufgabe, das GG auszufüllen, nicht gerecht.

III. Von diesen allgemeinen Aussagen ausgehend kann man folgende Skala aufstellen, die zeigen soll, wann und inwieweit der Gesetzgeber sich an die Rechtsprechung des BVfG anlehnen darf.

1. Handeln in Anlehnung an das BVfG

a) Der Idealfall ist der, daß der Gesetzgeber eine allgemein gehaltene Entscheidung des BVfG zum Anlaß nimmt, eine damit zusammenhängende Frage im Gesetz konkretisierend zu regeln. Dabei werden die Kompetenzen des BVfG und des Gesetzgebers richtig verteilt. Das BVfG legt die Verfassung aus, spricht also nur zum Grundsätzlichen, der Gesetzgeber konkretisiert diese Grundsätze und regelt die Einzelheiten.
So reagierte der Gesetzgeber bei der Einführung des § 29 DRiG, wo er die allgemeine Aussage des BVfG in E 4,331(345) mit Gehalt erfüllte; ebenso bei der Änderung des § 308 StPO im 3. StrRÄG, wo er nur die vage Aussage des BVfG aus E 1,433(438) als verfassungsgerichtlichen Anhaltspunkt hatte, und bei § 172 III 2 StPO, wo der Gesetzgeber nicht wartete, bis das BVfG ihn zu der Änderung zwang. Auch die Konkretisierung des Übermaßverbots, vor allem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, im Recht der Untersuchungshaft ist eine solche nähere Ausgestaltung der grundsätzlichen Rechtsprechung des BVfG.

b) Eine Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG ist selbstverständlich gerechtfertigt, wenn er Entscheidungen des BVfG direkt befolgt.
aa) Das ist völlig einleuchtend, wenn der Gesetzgeber infolge der Aufhebung von Gesetzen durch das BVfG handelt, wie bei der Frage der Strafbefugnis der Finanzämter. Da eine solche Entscheidung des BVfG hauptsächlich kassatorisch

wirkt und keine oder nur wenige Richtlinien für die neue Regelung bringt, unterliegt der Gesetzgeber durch die Entscheidung des BVfG für den Inhalt der Neuregelung freilich keinen ins einzelne gehenden Beschrankungen, und er hat hierfür auch keine verfassungsgerichtlichen Anhaltspunkte.

bb) Der Gesetzgeber befolgt die Entscheidungen des BVfG auch in den Fällen zurecht, in denen das BVfG, ohne ein Gesetz aufzuheben, unmittelbar aus dem GG bestimmte über die einfachen Gesetze hinausgehende Rechte gewährt oder eine Vorschrift des einfachen Rechts verfassungskonform ausgelegt hat.
Als Beispiel möge die Verbesserung des rechtlichen Gehörs im StPÄG dienen. - Hier kann der Gesetzgeber in manchen Fällen zur Vermeidung einer perfektionistischen Regelung die Kodifizierung der Entscheidungen des BVfG unterlassen.

2. Schweigen oder Zögern in Anlehnung an das BVfG

a) Ein Schweigen des Gesetzgebers ist allgemein immer dann gerechtfertigt, wenn eine zur Wahl stehende Neuerung als perfektionistisch erscheint. Dann kann der Gesetzgeber ruhig eine bevorstehende Entscheidung des BVfG abwarten und die Neuregelung erst dann bringen, wenn das BVfG ihn wider Erwarten zu der nach seiner Ansicht perfektionistischen Regelung aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingen sollte.

b) Dasselbe gilt, wenn eine bestehende Regelung nur höchst geringen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt und im übrigen Vorteile hat, z.B. wenn sie sehr praktikabel ist.

Zu a) und b) Hierher kann man das Verhalten des Gesetzgebers in der Frage der beweglichen Zuständigkeit rechnen.

c) Ein Warten des Gesetzgebers auf den Ausgang eines laufenden Verfahrens mag auch dann gerechtfertigt sein, wenn nicht bloß die alte Regelung, sondern auch die neue verfassungsrechtlich ungeklärt ist oder verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt; so zum Beispiel bei der Frage der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, bevor die Auslegung des Art. 12 GG von BVfGE 7,377 geklärt war. Ein langes Warten ist hierdurch freilich nicht gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber verfassungsrechtliche Fragen selbständig lösen muß (s.o. C II a.E.). Dies wird sehr klar, wenn man bedenkt, daß das BVfG nur auf Antrag tätig wird und ein verfassungsgerichtliches Verfahren somit nur zufällig zeitlich mit Gesetzgebungsplänen parallel laufen wird; oft wird es erst viele Jahre später entschieden werden, wie bei der Frage der Strafbefugnis der Finanzämter, wo der Gesetzgeber seit 1958 auf eine Entscheidung des BVfG wartete [47], die schließlich im

47) Vgl. die Äußerung des Bundesjustizministers Schäffer v. 29.1.1959, Anl. 3 zur 59. Sitzung des 3. BT, Sten.Ber. S. 3260 (s.o. § 12 bei Fn 25; S. 121).

Jahre 1967 erging.

d) Die nächste Stufe ist die, daß eine bestehende Regelung stärkere verfassungsrechtliche Bedenken auf sich zieht, jedenfalls stärkere als der Änderungsvorschlag, und auch keine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte für die alte Regelung sprechen. In solchen Fällen besteht eine Pflicht des Gesetzgebers zum selbständigen Handeln. Er ist dann nicht berechtigt, eine Entscheidung des BVfG zu der Frage abzuwarten, selbst wenn ein entsprechendes Verfahren schon anhängig ist (anders mag es sein, wenn die Entscheidung unmittelbar bevorsteht).

Der Gesetzgeber darf dann nicht mit der Begründung oder Absicht warten, vom BVfG eine Gesetzgebungshilfe für eine auch von ihm als notwendig anerkannte Neuregelung zu erhalten.
Zum einen ist ihm die große Richtung der Neuregelung grundsätzlich schon von den Stimmen in der Literatur vorgezeichnet.
Gegen ein solches Warten spricht vor allem der Umstand, daß das BVfG zu dem neuen Gesetz nur unvollständig Stellung nehmen kann [48] und daß der Gesetzgeber nicht eine nur schwer abzuschätzende Verzögerung in Kauf nehmen darf, bis zufällig eine Entscheidung des BVfG ergeht.

Ein solches Abwarten von Entscheidungen des BVfG durch den Gesetzgeber, das zu einer verspäteten Regelung oder Nichtregelung einer Frage führt, findet sich im Fall der Überbesetzung, der mittelbaren Verwertung des Zeugnisses von V-Leuten, den Planen zu einer gesetzlichen Regelung des Verteidigerausschlusses, der Regelung des rechtlichen Gehörs im StPÄG und bei der Frage der Strafbefugnis der Finanzbehörden.

Wenn der Gesetzgeber einen einigermaßen umfassenden und rasch erfolgenden Rat des BVfG zu verfassungsrechtlichen Fragen wünscht, so wäre dann die Gutachtenkompetenz des BVfG, wie sie § 97 BVfGG bis zum Jahre 1956 kannte, besser geeignet.
Diese Gutachtenkompetenz wurde aus politischen Gründen angeschafft. Das Plenum des BVfG hatte entschieden, daß seine Gutachten nach § 97 BVfGG die Senate binden, wenn später ein verfassungsrechtlicher Streit in derselben Frage anhängig werden sollte [49].
Die politischen Gewalten waren über diesen Beschluß des Plenums erfreut [50],

48) S. o. C II.
49) E 2, 79(84 ff.) v. 8.12.1952.
50) Vgl. den Bericht in JZ 1953, 39; auch das in E 2, 79(83) abgedruckte Schreiben des Bundespräsidenten.

weil sie fürchteten, das BVfG könne in politischen Streitigkeiten - nicht bloß in Rechtsstreitigkeiten mit politischem Gewicht [51] - eine Regelung in bestimmter Weise präjudizieren. Die Antragsberechtigten - Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung, Bundespräsident - stellten infolgedessen beim BVfG keine Anträge auf Erstattung von Gutachten mehr. Im Jahr 1956 schließlich wurde § 97 BVfGG gestrichen [52].

Die gar nicht seltenen Äußerungen der an der Gesetzgebung Beteiligten, man wolle vor einer geplanten gesetzlichen Regelung Entscheidungen des BVfG abwarten, erwecken heute den Eindruck, daß der Gesetzgeber auf den nicht im Mittelpunkt des politischen Interesses gelegenen Gebieten nicht unglücklich wäre, die Gutachtertätigkeit des BVfG zu verfassungsrechtlichen Fragen wieder zu haben.
Das zeigt besonders deutlich sein Verhalten in den Fragen des Verteidigerausschlusses und der Strafbefugnis der Finanzämter, wo der Gesetzgeber sich häufig für ein Abwarten von Entscheidungen des BVfG aussprach.

Auch in einem Gutachten könnte das BVfG zwar nur zu verfassungsrechtlichen Fragen Stellung nehmen, dem Gesetzgeber also keine umfassende Gesetzgebungshilfe geben.
Aber zwei Vorteile brächte die Gutachtertätigkeit:
Das BVfG müßte sich nicht wie bei der Entscheidung von Verfassungsbeschwerden auf einen bestimmten Fall beschränken, sondern es könnte zu einem ganzen Rechtsgebiet Stellung nehmen. Außerdem könnte es rechtzeitig Stellung nehmen; das Warten des Gesetzgebers auf zufällige Entscheidungen des BVfG entfiele.

Gegen eine Gutachtertätigkeit von Gerichten mögen "rechtstheoretische Bedenken" bestehen [53] [54]. Man mag befürchten, daß sie gegen das Gewaltentei-

---

51) Zum Unterschied zwischen politischen Streitigkeiten und politischen Rechtsstreitigkeiten vgl. Leibholz, Status S. 64 f.; Denkschrift des BVfG JöR n.F. 6,144(145).

52) Gesetz über die Änderung des BVfGG v. 21.7.1956, BGBl I S. 662; Art. 1 Nr. 19.

53) Thoma, Gutachten, JöR n.F. 6,185. Die Bundesregierung im RegEntw der FGO, BT-Drs II/1716 S. 36, BT-Drs III/127 S. 37.

54) Durch die FGO v. 6.10.1965 (BGBl I, 1477) wurde auch die Gutachtenkompetenz des BFH (§ 6 BFH-Gesetz v. 29.6.1950, BGBl I, 257; § 63 RAO) abgeschafft: § 161 Nr. 2 u. § 162 Nr. 8 FGO. Seither besteht gar

lungsprinzip verstoße [55]. Aber erstens sind die Bedenken beim BVfG, das nicht reines Rechtsprechungsorgan, sondern auch Verfassungsorgan ist [56], geringer [57].
Zweitens ist ein solches Verfahren ehrlicher als eine indirekte, nur wenig wirksame und oft schädliche Benutzung des BVfG als Gutachter.

c) Nachteile bringt es auch, wenn der Gesetzgeber mit einer nach dem Grundsatz aus Nr. 2 d) notwendigen Neuregelung so lange wartet, bis eine Entscheidung des BVfG bevorsteht, die die alte Regelung aufzuheben droht, und dann erst unter Zeitdruck handelt. Die so entstandene Neuregelung wird oft das deutliche Merkmal aller Eilgesetze, die Unausgereiftheit, aufweisen.
Solche Fälle deuten sich an in der Gesetzgebung zu § 175 StPO und § 69 II GVG. Sie zeigen sich sehr deutlich bei der Strafgewalt der Finanzämter. Hier tat der Gesetzgeber erst nach der mündlichen Verhandlung vor dem BVfG und nur wenige Wochen vor der Entscheidung des BVfG den entscheidenden Schritt, indem er mit einem verkürzten Regierungsentwurf eine schnelle Regelung möglich machte [58].

IV. Hauptwirkungen und -gründe der schädlichen Abhängigkeitsformen

Die Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG, soweit sie schädlich ist, hat vor allem zwei Folgen:
ein Verzögern neuer Gesetze;
das Belassen der alten Regelung, die oft nur eine Minimalregelung ist.

Hauptsächlich drei Gründe für diese Abhängigkeit sind zu nennen:

a) Die Überlastung des Gesetzgebers. Sie wirkt nicht bloß unmittelbar verzö-

---

Fortsetzung der Fußnote 54) von Seite 142:
keine Gutachtenkompetenz von Gerichten mehr.
In den ersten Entwürfen der FGO waren noch Vorschriften über die Gutachtenerstattung des BFH vorgesehen: Entw. 1955, BT-Drs II/1716, § 43 (Begründung S. 28 u. 36); Entw. 1958, BT-Drs III/127, § 42 (Begründung S. 30 u. 37) - trotz "rechtstheoretischer Bedenken" (S. 36 bzw. S. 37).
Der 3. RegEntw von 1963 (BT-Drs IV/1446) ließ die Gutachtenkompetenz des BFH ohne Begründung fallen (S. 35, vor B).

55) Scheuner DVBl 1952, 293 (298); Karl, S. 143 (Bedenken bei Gutachten während eines schwebenden Gesetzgebungsverfahrens).

56) Leibholz, Status S. 71 f. ("Doppelfunktion").

57) Karl S. 142 f.

58) S. o. S. 122 (§ 12 III 5 b).

gernd auf die Gesetzgebung im Strafprozeß- und Gerichtsverfassungsrecht [59], sondern auch mittelbar über eine Abhängigkeit vom BVfG. Der Gesetzgeber läßt die Fragen, bei denen er hofft, daß ihm das BVfG die Gesetzgebung erleichtert oder durch seinen Spruch eine Gesetzgebung gar überflüssig macht, zunächst einmal unbearbeitet; wenn dann ein Spruch des BVfG ergeht, ist der Gesetzgeber in Gefahr, allein diesen als Richtlinie für seine Entscheidung zu nehmen, also entweder die Entscheidung des BVfG zu kodifizieren oder als Ersatz für eine gesetzgeberische Tätigkeit genügen zu lassen.

b) Damit wird der zweite Grund angesprochen: die heute vielberufene Initiativarmut der mit der Gesetzgebung befaßten Organe [60].

c) Verständlich ist die Abhängigkeit des Gesetzgebers vom BVfG freilich. Man darf heute von einer Verrechtlichung unseres gesamten Lebens sprechen [61], bei der es große Mode geworden ist, gegen fast jeden Plan einer gesetzlichen Regelung juristische und nicht zuletzt verfassungsrechtliche Bedenken zu äußern.

V. Die spezielle Lage bei der Gesetzgebung zum Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht

1. Der Ausgangspunkt der Entwicklung liegt darin, daß bei den Beratungen der auch das Strafprozeß- und das Gerichtsverfassungsrecht betreffenden größeren Reformgesetze diese Gebiete immer nur fragmentarisch und meist in Randfragen dem durch das GG geschaffenen neuen Bild angepaßt wurden.

a) Im VereinhG lehnten die Gesetzgebungsorgane wegen der Dringlichkeit des Gesetzes größere Neuerungen ab [2].

b) Im 3. StrRÄG - Strafrechtsbereinigungsgesetz - wurde das Strafprozeßrecht grundsätzlich nur geändert, soweit die Änderung des materiellen Rechts dies nötig machte. Darüber hinaus erfolgten Änderungen nur in Einzelpunkten [11].

c) Selbst das StPÄG beabsichtigte nur eine beschränkte Reform: nur die Aufnahme von Änderungen, "die sich organisch ins geltende Strafprozeßrecht einfügen und überschaubar sind" [18].

2. a) Man darf die ständigen Teilregelungen nicht mit dem Argument rechtfertigen, der Gesetzgeber habe nicht mehr regeln dürfen, weil dies einer einheitlichen Reform des Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrechts vorbehalten blei-

---

59) S. o. S. 136 (B I 7).

60) Gerstenmaier S. 131 f.; Werner, Problem, S. 15, 19; Scheuner DÖV 1960, 601 (610).

61) Werner, Problem, S. 21.

ben müsse. Denn die hier geforderten Reformen sind nicht so grundlegend und neuartig, daß sie die anderen Reformen beeinträchtigt hätten.

b) Aus dem VereinhG und dem 3. StrRÄG wurden die hier geforderten Reformen freilich zurecht ausgeklammert.
Das VereinhG mußte möglichst schnell verabschiedet werden und durfte nicht mit sonstigen Fragen belastet werden. Die Rechtsvereinheitlichung ging vor.
Auch beim 3. StrRÄG mag man noch anerkennen, daß die Bereinigung des materiellen Strafrechts eilte und nicht durch Bepackung des Gesetzes mit anderen Problemen verzögert werden durfte.

c) Als Ausgleich für diese weitgehende Eliminierung der Reform des Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrechts aus dem 3. StrRÄG hätte der Gesetzgeber aber entsprechend dem 3. StrRÄG, das auch Strafrechtsbereinigungsgesetz genannt wird, ein Bereinigungsgesetz für das Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht, ein Grundgesetzanpassungsgesetz für diese Gebiete schaffen müssen. [62]
Im Jahr 1950 mag der Plan, das Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht erst bei der großen Justizreform zu ändern, noch angemessen gewesen sein. Denn damals meinte man, das VereinhG werde nur für eine Übergangszeit gelten, nach der die große Reform folgen würde [63].
Als aber schon nach wenigen Jahren klar wurde, daß die Reform noch Jahrzehnte anstehen würde, wurde ein vorgezogenes Bereinigungsgesetz und Grundgesetzanpassungsgesetz notwendig.
Ein solches Gesetz hätte um die Mitte der 50-er Jahre ergehen können und folgende Probleme enthalten müssen:
die Beseitigung der Strafgewalt der Finanzämter;
die Regulierung und Liberalisierung der Untersuchungshaft;
die Verbesserung des rechtlichen Gehörs;
die Lösung der Hilfsrichterfrage;
die Beschränkung der Überbesetzung.

---

62) Die folgenden Sätze gelten natürlich nicht nur für die verfassungsrechtlich bedeutsamen Teile eines solchen Bereinigungsgesetzes. Auch andere bloß für das einfache Recht bedeutende Fragen hätten in ein solches Gesetz aufgenommen werden können und müssen, sofern sie nicht grundlegend Neues und anderes gebracht hätten und deshalb nur für eine große Justizreform geeignet gewesen wären. Dem Thema entsprechend interessieren aber nur die verfassungsrechtlich bedeutsamen Fragen.

63) RegEntw des VereinhG, BT-Drs I/530 S. 3 und 6 (zu Art. 1 Nr. 10 des Entw.). Geiger SJZ 1950, 707(710) (Nr. 4).

Doch es geschah nichts, und weitere Jahre vergingen.
Die Frage der Überbesetzung und der Geschäftsverteilung im überbesetzten Spruchkörper wurden um das Jahr 1960 brennend. Ähnlich dringend waren um diese Zeit die Fragen des Verteidigerausschlusses und der mittelbaren Verwertung des Wissens von V-Leuten.

Um diese Zeit nahm das StPÄG greifbare Formen an. Noch im Jahr 1960 veröffentlichte die Bundesregierung den ersten Regierungsentwurf des StPÄG [64]. Man mußte um das Jahr 1960 klar sehen, daß die große Justizreform, obwohl seit dem VereinhG zehn Jahre verstrichen waren, noch immer nicht nähergerückt war. Eine spezielle Kommission für die Reform des Strafprozeßrechts bestand noch gar nicht [65]. Es war abzusehen, daß alles, was nicht ins StPÄG aufgenommen wurde, auf Jahre hinaus keine Chance mehr hatte, Gesetz zu werden. Denn es war (und ist) unwahrscheinlich, daß in absehbarer Zeit ein zweites StPÄG folgen würde. Das StPÄG war eine günstige Gelegenheit, das Bereinigungsgesetz für das Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht nachzuholen. Bei der Beratung dieses Gesetzes hätte man auch eine gewisse Zeit verstreichen lassen dürfen. Das wäre immer noch besser gewesen als die andere Konsequenz: das Aufschieben nicht geregelter Fragen bis zur großen Justizreform. Doch es wurde gar nicht der Versuch gemacht, das StPÄG als Grundgesetzanpassungsgesetz zu erstellen. Die Bundesregierung beschränkte sich bewußt [18], und im Bundestag trat man dieser Absicht nicht entgegen aus Sorge, das StPÄG könne sich durch die Aufnahme neuer Reformen zu sehr verzögern oder gar scheitern [66]. Das StPÄG brachte folglich in den hier interessierenden verfassungsrechtlich bedeutsamen Fällen bloß eine teilweise Regelung: Verbesserung des rechtlichen Gehörs in Art. 8 StPÄG; Einführung des § 69 II GVG (erst durch den Bundestag in der zweiten Beratung); Konkretisierung des Übermaßverbots bei der Untersuchungshaft.

---

64) BT-DrsIII/2037, am 17.8.1960 dem BT vorgelegt; im Juni 1960 von der Bundesregierung verabschiedet.

65) Erst in der 3. Beratung des StPÄG am 24.6.1964 forderte der Bundestag aufgrund eines Entschließungsantrags aller Bundestagsfraktionen die Bundesregierung auf, alsbald eine große Strafverfahrenskommission zu bilden. Entschließungsantrag vom 26.3.1963: Umdruck 229 (neu), Anl. 12 zur 132. Sitzung des 4. BT, Sten.Ber. S. 6506. Beschluß des BT: Sten.Ber. S. 6478.

66) Vgl. die Stellungnahmen des Rechtsausschusses: zu BT-Drs IV/1020 S. 1; zu BT-Drs IV/2378 S. 1 und 2.

3. Die Folge war - und ist - ein ständiges Überhängen von notwendigen Reformen.
Der Gesetzgeber ist überlastet; es ist nicht abzusehen, wann er den Rückstand aufgearbeitet haben wird. So entsteht die Neigung, die Lösung der verfassungsrechtlich erheblichen Fragen an das BVfG abzutreten. Der Gesetzgeber verweist, wenn er auf diese Reformen angesprochen wird, auf das BVfG und ist froh, wenn die Entscheidungen des BVfG eine gesetzliche Regelung überflüssig machen oder gute Richtlinien geben. Daß damit oft Regelungen entstehen oder bestehen bleiben, die dicht an der Grenze zur Verfassungswidrigkeit stehen oder zumindest keine zweckmäßige und gute Lösung der strittigen Fragen bringen, oder daß notwendige Regelungen zu spät erfolgen, ist der große Nachteil dieses Vorgehens.

VI. Ausblick

1. Daß gegenwärtig schon wieder ein Überhang an notwendigen Reformen besteht, obwohl erst vor wenigen Jahren das StPÄG erstellt wurde, ist eine Tatsache. Das gaben die Bundestagsabgeordneten schon bei der dritten Beratung des StPÄG zu [67]. Die Ursache liegt darin, daß wieder nur die wichtigsten und zu einem guten Teil auch bloß die einfacheren Reformen vorgenommen wurden.

2. Bei dem Ineinandergreifen von GG und StPO [68] verwundert es nicht, daß das gegenwärtig wohl wichtigste reformbedürftige Gebiet aus dem Grenzgebiet zwischen Verfassungsrecht und Strafprozeßrecht stammt· die Frage der Beweisverbote, vor allem im Zusammenhang mit der Pressefreiheit, und die Probleme um die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel [69].
Schmidt-Leichner [70] mag recht haben, daß der Gesetzgeber gegenwärtig überfordert wäre, wenn er heute schon die gesamten Fragen um die Beweisverbote als Gesetz verabschieden müßte. Notwendig ist es aber auch heute schon, daß der Gesetzgeber die gesamte Frage der Beweisverbote wenigstens in Angriff nimmt und nicht bloß das Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot in bezug auf die Presse. [69]
Zu den ungeregelten Fragen innerhalb der Beweisverbote zählt auch das oben (§ 3) besonders behandelte Problem der V-Leute.

---

67) 132. Sitzung des 4. BT v. 24.6.1964, Sten.Ber. S. 6472 (Jahn); 6474 (Diemer-Nicolaus); 6476 (Kanka); 6477 (Bucher).

68) S.o. S. 2 f. (§ 1 I 2 c) aa)). Ähnlich Abg. Jahn u. Diemer-Nicolaus in der 3. Beratung des StPÄG, 132. Sitzung des 4. BT. Sten.Ber. S. 6472 u. 6474.

69) Zum Stand der Entwicklung, die noch in den Anfängen steckt, s.o. S. 10, insbes. Fn 8.

70) Verhandlungen des 46. Dt. Juristentages, Bd. II F 139 f.

Die weiteren verfassungsrechtlich bedeutsamen oder wenigstens in die Nähe des Verfassungsrechts reichenden Fragen sind vor allem:
die gesetzliche Regelung des Ausschlusses von Verteidigern;
die Verbesserung des Rechts des Beschuldigten im Sinn eines allgemeinen (materiellen) Rechts auf Verteidigung, im Sinn einer fairen Verteidigungsmöglichkeit; [71]
die umfassende Anpassung der StPO an die MRK [72].

3. Wie die Entwicklung laufen wird, wenn der Gesetzgeber zu den anstehenden Fragen schweigt, deutet sich auf dem Gebiet der Beweisverbote an: Die notwendige Reform wird eben andere Wege nehmen, wenn der Gesetzgeber den Weg der gesetzlichen Regelung [73] nicht geht. Das zeigen das Tonbandurteil und das Tagebuchurteil des BGH [74], in denen der BGH Beweisverbote praeter legem grundsätzlich anerkannte. Die Folge wird eine Kasuistik in der Rechtsprechung sein, die wie jede Kasuistik immer wieder neue Lücken öffnet. Diese Kasuistik wird die aus der Gesetzeslücke entstehenden Folgen höchstens mildern, aber nicht aus der Welt schaffen können; die Rechtsunsicherheit wird weiter bestehen bleiben.

---

71) Tiedemann JuS 1965, 14(18); JZ 1967, 570(571); auch Jahn in der 3. Beratung des StPÄG, 132. Sitzung des 4. BT, Sten. Ber. S. 6473.

72) Abg. Diemer-Nicolaus, 3. Beratung des StPÄG, Sten. Ber. S. 6474. Freilich darf man nicht unbesehen alle Bestimmungen der MRK konkretisieren. Eb. Schmidt Lehrkomm. II, Nachtrag 1967, vor § 112 Rn 5, warnt zurecht davor, "in der MRK so etwas wie ein eingefangenes Naturrecht zu sehen".

73) Daß der Weg der Gesetzgebung der richtige ist, wurde oben S. 36 f. (§ 3 II 3) für die V-Leute-Frage begründet. Für die anderen Beweisverbote darf nichts anderes gelten. Hanacks Forderung (JZ 1965, 142), Einzelfragen nicht allein durch Bezugnahme auf die Menschenwürde, den Rechtsstaat und ähnliche allgemeine Prinzipien zu lösen, gilt umfassend. Ebenso Jescheck, Verhandlungen des 46. Dt. Juristentags, Bd. II, F. 170 f.

74) BGHSt 14, 358 und 19, 325 vom 14. 6. 1960 und 21. 2. 1964.

L E B E N S L A U F

Ich wurde am 24. August 1942 in Markbronn Kreis Ulm/Donau geboren, einem Dorf, in dem meine Eltern, Carlo Schwarzmann und Käthe, geb. Braitinger, einen Bauernhof besitzen und bewirtschaften.
Ich bin deutscher Staatsangehöriger.
Vom September 1948 bis zum Frühjahr 1952 besuchte ich die einklassige Grundschule in Markbronn. Im Frühjahr 1952 trat ich in das Kepler-Gymnasium in Ulm/Donau ein, wo ich am 11. März 1961 die Reifeprüfung bestand.
Im Sommersemester 1961 begann ich in München Rechtswissenschaft zu studieren. Nach vier Semestern in München setzte ich mein Studium in Tübingen fort. Dort legte ich nach dem neunten Studiensemester am 23. November 1965 die Erste juristische Staatsprüfung ab.
Vom Wintersemester 1964/65 bis zum Wintersemester 1965/66 studierte ich außerdem Betriebswirtschaftslehre an der Universität Tübingen.
Ich bin seit 1. April 1966 Gerichtsreferendar im Land Baden-Württemberg.